

Vilkårene for tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevern loven § 3-3



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 558

Leveringsfrist: 25.11.10

Til sammen 17997 ord

15.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling og oversikt over oppgavens tema.	1
1.2	Historikk	3
1.2.1	Før loven av 1961	3
1.2.2	1961-loven	5
1.2.3	Dagens lov	7
1.2.4	Kort om lovens system og innhold	8
1.3	Helserettslige prinsipper	10
1.3.1	Pasientens autonomi	11
1.3.2	Det minste inngreps prinsipp	12
1.3.3	Legalitetsprinsippet	12
<u>2</u>	<u>TVUNGENT PSYKISK HELSEVERN ETTER § 3-3</u>	<u>14</u>
2.1	Oversikt, personelle og prosessuelle bestemmelser	14
2.1.1	Oversikt	14
2.1.2	Personelle og prosessuelle bestemmelser	15
2.1.3	Anledning til å uttale seg	16
2.1.4	Klage	18
2.2	Hovedvilkår om alvorlig sinnslidelse	19
2.2.1	Generelt om hovedvilkåret	19
2.2.2	Menneskerettighetene	23
2.2.3	Typetilfeller	25
2.3	Tilleggsvilkårene	36
2.3.1	Tilleggsvilkåret - Behandlingskriteriet	36
2.3.2	Tilleggsvilkåret – Farekriteriet	46
2.4	De andre materielle vilkårene	53

2.4.1	Forsøkt frivillig psykisk helsevern	53
2.4.2	Faglig og materielt i stand til å tilby pasienten tilfredsstillende behandling og omsorg.	53
2.4.3	Lovens helhetsvurdering	55
3	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>62</u>
3.1	Forarbeider	62
3.2	Rettsavgjørelser	62
3.3	Juridisk teori	63
3.4	Internett	66

1 Innledning

1.1 Problemstilling og oversikt over oppgavens tema.

Temaet for denne oppgaven er de materielle vilkårene for tvunget psykisk helsevern etter lov om psykisk helsevern § 3-3. Paragrafen inneholder også personelle og prosessuelle vilkår, men disse vil ikke bli behandlet utover i en kort oversikt i punkt 2.1.2.

Hovedinnholdet av tvunget psykisk helsevern er at det innebærer at pasienten kan hentes og holdes tilbake i institusjonen om nødvendig med tvang etter psykisk helsevernsloven § 3-5 første ledd. Pasienten kan videre behandles med tvang om vilkårene i § 4-4 er oppfylt. Dette gjør at vedtak om tvunget psykisk helsevern kan kategoriseres som et av de mest inngripende vedtak som kan fattes mot en person.

Det første materielle grunnvilkåret som alltid må være oppfylt ved vedtak om tvungent psykisk helsevern, er kravet om ”alvorlig sinnslidelse”. Dette er et juridisk begrep som ikke har noe medisinsk motstykke. Utrykket lar seg definere ut i fra rettskildene som rettspraksis, forarbeider og juridisk teori. Kjernen av begrepet er psykose.

Det følger videre av loven at i tillegg til ”alvorlig sinnslidelse” må det være ”nødvendig” med tvungent helsevern på bakgrunn av tilleggskriteriene. Dette må videre skje for enten å behandle pasienten eller forebygge fare for pasienten selv eller samfunnet. Ett eller begge disse vilkårene må alltid være oppfylt samtidig med grunnvilkåret. Disse blir gjerne kalt behandlingskriteriet og farekriteriet.

Behandlingskriteriet er et vilkår om at pasienten må kunne behandles enten for å bli helbredet eller for å få en vesentlig bedring. Hvis pasienten allerede er stabilisert, kan pasienten tvangsbehandles videre hvis det er fare for at pasienten raskt vil få forverret sin

tilstand ved avbrutt behandling. Altså er det en todeling av vilkåret. Hensynet bak dette vilkåret er i hovedsak omsorg overfor pasienten, en paternalisme for de som ikke klarer å ivareta seg selv.

Det andre vilkåret er farekriteriet. Her er kravet at pasienten ved ikke å bli tvangsbehandlet vil utgjøre en vesentlig fare enten for seg selv eller andre. Den første delen her er igjen hensynet til pasientens omsorg som nevnt over. Den siste delen er bygget for å ivareta et annet hensyn, nemlig samfunnet og andre borgers sikkerhet.

Det er videre krav om det skal være forsøkt med frivillighet, at institusjonen skal kunne tilby tilfredsstillende behandling, og at vedtaket til sist gjennomgår en helhetlig skjønnsmessig hensikts vurdering.

Formålet med loven og psykisk helsevernloven § 3-3 fremgår av psykisk helsevernloven § 1-1. Man ønsker med loven å sikre at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern skjer ”forsvarlig” og ”i samsvar med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper”. Videre skal tiltakene ta utgangspunkt i pasientens behov og respekten for menneskeverdet.

Formålet blir videre belyst ved definisjonen av hva psykisk helsevern etter loven skal være. I psykisk helsevernloven § 1-2 står det: ”Med psykisk helsevern menes spesialisthelsetjenestens *undersøkelse og behandling* av mennesker på grunn av psykisk lidelse, samt den *pleie og omsorg* dette krever.” (Mine uthevninger). Her mangler imidlertid perspektivet med samfunnsvern som etter loven også kan være et mål. Videre skal dette skje på: ”... forsvarlig måte og i samsvar med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper”. Behandlingen skal ta utgangspunkt i pasientens behov og respekten for menneskeverdet, jfr. psykisk helsevernloven. § 1-1.

Denne oppgaven tar for seg den sivilrettslige veien inn i tvungen helsevern. Tvang er imidlertid unntaket da all behandling som utgangspunkt skal være frivillig etter psykisk helsevernloven § 3-3 første ledd nr. 1. Det er også en strafferettslig vei inn. Hvis man begår

lovbrudd, men ikke er tilregnelig, kan man bli dømt til tvungen psykisk helsevern etter straffeloven § 39. Man vil da bli holdt i behandling på bakgrunn av psykisk helsevernloven kapittel 5. Man blir da automatisk lagt inn uten vurderingen om vilkårene er til stede, men så blir man vurdert som en vanlig pasient. Påtalemyndigheten vil ha klagerett på forandringer som kan påvirke samfunnssikkerheten. Jeg har imidlertid valgt å avgrense oppgaven mot inngangen til psykisk helsevern gjennom strafferetten, frivillig psykisk helsevern og regler for selve behandlingen.

1.2 Historikk

1.2.1 Før loven av 1961

En total gjennomgang av historien til tvungen psykiske helsevern ville blitt for omfattende for denne oppgaven. Jeg har under prøvd å peke på særlig viktige og interessante deler av historien for å skape en oversikt.

Måten å tolke og forholde seg til psykiske avvik kan vi anta må ha forandret seg mye gjennom historien og i forskjellige kulturer. For eksempel er Foucaults ideer rundt hva han beskriver som den store innesperringen fra midten av syttenhundretallet og fremveksten av institusjoner som en slags industri, interessante og nyttig bakgrunnsforståelse.¹ Foucault minner oss på at det ikke er noe selvfølge at dagens system er den eneste måten å forholde seg til psykisk sykdom, rett og slett fordi mennesker har forholdt seg annerledes til dette i fortiden. Derfor kan vi anta at holdningene våre også vil kunne endres i fremtiden. I dag er allikevel de fleste fagpersoner enig i at vi trenger institusjoner og behandling med tvang for psykisk syke.²

¹ (Foucault, 1991: 48)

² (Høyen, 2002: 188)

I Norge kan man ta et historisk utgangspunkt i våre eldste lover; Gulatingsloven og den eldre Frostatingslov som omhandlet visse rettsbeskyttelser for den sinnssyke. Magnus Lagabøters landslov fra 1276 plasserte ansvaret for de sinnssyke hos de nærmeste slektningene, kalt Ætten. Ætten var pliktig til å beskytte og forsørge den sinnssyke. De hadde videre rådighet over hans formue. Det var allerede her tatt hensyn til rettssikkerhet slik at ingen kunne erklæres sinnssyke utenom på tinget av ”kyndige menn”. Vi vet allikevel lite om hvordan dette foregikk i praksis.³

Fra sekstenhundretallet gikk omsorgen for psykisk helse inn under den generelle fattigdomsomsorgen. Dette er av Foucault blitt kaldt den store innesperringen og er en omlegging av samfunnsstrukturen der tigging, omstreifing og uproduktivitet ble sett på som et onde staten måtte bekjempe.⁴ Man kan også si at fremveksten av staten gjorde det mulig for staten å begynne beskjedent å engasjere seg noe for å avhjelpe disse samfunnsproblemene.⁵ På syttenhundretallet oppstod ”Dollhusbevegelsen” som kan sees som statens etablering av institusjoner som skulle ta vare på de sinnssyke.⁶ Andre vil si at det første moderne asyl for sinnssyke ikke kom før omkring 1850.⁷ Uansett må vi kunne si at vi har en lang tradisjon for å yte omsorg eller å håndtere psykisk syke.

I 1848 kommer den første loven, sinnssykeloven av 1848. Norge var den fjerde nasjonen, etter Frankrike, Nederland og England, med en moderne sinnssykelov. Loven ble sett på som fremsynt og humanistisk. Blant annet opprettet loven kontrollkommisjonene, som dermed er en av de lengstlevende institusjonene vi har i Norge.⁸ Allikevel var loven preget av sin samtid. Personer kunne for eksempel i mye større grad legges inn med tvang dersom de var til offentlig sjenanse.

³ (Ot. Prp. Nr.69. (1959-60) s. 6)

⁴ (Høyer, 2002: 82)

⁵ (Hagen, 2002:22)

⁶ (Blomberg, 2002: 52)

⁷ (Eskeland, 1994: 17)

⁸ (Hagen, 2002: 23)

1.2.2 1961-loven

I 1961 fikk vi igjen ny lov om psykisk helsevern. Denne loven viderefører mye av den gamle loven, men var en modernisering samt en fastlegging av fylkeskommunens ansvar. Videre ble det i 1961 åpnet for domstolsprøvning av slike tvangsinngrep. Loven er preget av behandlingsoptimisme.⁹

Fra 1961 er det interessant å følge utviklingen av grunnvilkåret. I 1961 syntes det som en selvfølge at det måtte være et grunnvilkår om sykdom. Debatten stod rundt hva begrepet skulle dekke av forskjellige avvikstilstander. I 1961 loven ønsker man å bytte ut det gamle uttrykket fra sinnssykeloven av 1848 som var ”sindssyg”. Begrunnelsen for dette var at uttrykket på folkemunne hadde blitt et belastende ord for pasienten. Departementet beskriver ordet som ”negativt følelsesbetont”, man ønsket derfor et mer nøytralt ord.¹⁰

Man fikk dermed i lovendringen et nytt navn på grunnvilkåret som etter dette lød: ”Alvorlig sinnslidelse”. Byttet er begrunnet og omtalt i forarbeidene til denne loven. I forarbeidene til 1961 loven er ordet ”sinnslidelse” beskrevet av komiteen som mer tvetydig. Det var videre et forslag at ”sinnslidelse” skulle etterfølges av ordet ”(psykose)”. Allikevel sløyfet man ordet ”(psykose)” i den endelige lovteksten på departementets forslag. Dette ble gjort fordi departementet sa seg enig med Helsedirektørens uttaleser om at ordet ”(Psykose)” kan tolkes noe innsnevret i forhold til den eldre lov av 1848`s begrep ”Sinnssykdom” i grensetilfellene. En slik innsnevring av begrepet ønsket man ikke.

Det ble videre anført i forarbeidene at i grensetilfellene vil denne sløyfingen av ordet ”(psykose)” neppe føre til at det ble noe lettere eller vanskeligere å tolke innholdet av loven da sykdomsbegrepet ikke lar seg klart avgrense i loven uansett. Man skrev at det kunne by på et rettssikkerhetsproblem at loven ikke fikk en klar grense. Slik jeg tolker forarbeidene

⁹ (Høyer, 2002: 99)

¹⁰ (Ot. Prp. Nr. 69 (1959-60) s. 24 og Eskeland, 1994: 40)

er dette allikevel et nødvendig kompromiss fordi psykiske sykdommer ikke har en helt klar klinisk grense i alle tilfeller. Man må uansett falle ned på en skjønnsmessig vurdering.

Den gamle loven av 1961 hadde et tilleggsvilkår til som i dagens lov er borte. Dette vilkåret var ”overlast” og ble kalt overlastvilkåret. Da loven kom i 1961 hadde dette vilkåret mer preg av og skulle dekke sosiale omsorgsbehov. Dette var et paternalistisk motivert vilkår som skulle forhindre at pasienter led nød på bakgrunn av sin sykdom og at de ikke klarte å ta vare på seg selv. Overlastvilkåret utviklet seg slik i praksis at kravet var strengt og at det skulle mye til før det var oppfylt. Den gamle loven lød: ”... på grunn av den sykes sinnstilstand er nødvendig for å hindre at han lider overlast”. Pr.1 nov. 1989 var dette kriteriet oppfylt ved 47 % av alle innleggelser.¹¹ Forarbeidene til den nye loven oppsummerer det gamle vilkåret slik:

”Høyesterett har flere ganger uttalt seg om forståelsen av overlastkriteriet. Det vises til Rt. 1971 side 949, Rt 1981 side 770 og Rt 1993 side 249. Etter det Høyesterett har sagt er det ikke tilstrekkelig at den syke blir utsatt for mistro, ringeakt eller liknende påkjenninger. Overlast må derimot pasienten sies å lide dersom han forkommes fysisk eller mishandles eller forsømmes av sine pårørende eller andre. Den syke kan lide overlast ikke bare om han forkommes rent fysisk, men også psykisk. Det må imidlertid være tale om temmelig håndfaste misforhold.” (Ot.prp. nr. 11 (1998-99))

Dette vilkåret ble imidlertid tatt bort i den nye loven av 1999. Selv om vilkåret er borte er det viktig å ha kjennskap til vilkåret fordi begrunnelsen bak vilkåret for en stor del er videreført i dagens lov under farevilkåret.¹² Poenget her er at rettspraksis som omhandler overlastkriteriet fortsatt er relevant, men må konverteres til dagens lov når det er snakk om fare for pasienten selv. Denne konklusjonen bygger på forarbeidene.¹³ Her blir det påpekt at denne fjerningen var for en stor del en symbolhandling og delvis en presisering av gjeldende rett. Man ønsket at loven i mindre grad skulle gi uttrykk for sosialpolitisk paternalisme. Å sløyfe dette vilkåret fikk også loven til å harmonere bedre med våre

¹¹ (Eskeland, 1994: 46)

¹² (Hagen, 2002: 163)

¹³ (Ot.prp. nr. 11 (1998-99))

folkerettslige forpliktelser. Loven ville på denne måten i større grad avspeile rettstilstanden, noe som den gamle ordlyd ikke lenger gjorde. Man kan si det slik at det som var igjen av overlastvilkåret etter departementets mening best burde bli drøftet under fare for pasienten selv.

1.2.3 Dagens lov

Arbeidet med dagens lov var en del av en større helserettslig reform på det helserettslige området.¹⁴ Blant annet ønsket man å tydeliggjøre hjemler for tvang og en mer fleksibel behandling. Loven er for en stor del en videreføring av eldre rett.¹⁵ Hovedtrekkene i den materielle retten for hovedvilkåret, behandlingsvilkåret og farevilkåret videreføres. Overlastvilkåret ble imidlertid ikke videreført. Hensynet til pasientens beste har blitt mer sentralt.

1999 loven ble sist endret i 2006. Denne lovendringen var i hovedtrekk en redaksjonell og pedagogisk begrunnet endring jfr. forarbeidene.¹⁶ Forandringene var presiseringer, forenklinger, harmoniseringer og mindre endringer. Den materielle retten for psykisk helsevernloven § 3-3 ble dermed videreført.¹⁷ Dette er fremhevet i Ot.prp.nr.65 (2005-2006) pkt. 9.1.1 hvor det står: "... endringer for at regelverket skal bli mer oversiktlig uten å foreta materielle endringer."

Altså kan vi se at dagens lov isteden for å bryte med eldre lovgiving bygger på den. Dermed er eldre rettskilder relevante for tolkningen av dagens lov.

¹⁴ (Høyre, 2002: 104)

¹⁵ (Ot.prp.nr.11, (1998-99) pkt. 7.3.2)

¹⁶ (Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) pkt. 1)

¹⁷ (Ot.prp.nr.65 (2005-2006) pkt. 3.2.1.2,)

1.2.4 Kort om lovens system og innhold

I 1999 ble den nå gjeldende loven vedtatt. Psykiske helsevernsløven er delt opp i 8 kapitler som omhandler hvordan psykisk helsevern blir etablert, hva det kan inneholde og hvordan det skal avsluttes.

Hovedregelen er at psykisk helsevern, etter psykisk helsevernloven § 2-1, skal være frivillig. Hele denne oppgaven omhandler således unntaket. Det er et eget kapittel for unntaket som er ”Eablering og opphør av tvungent psykisk helsevern”. Gangen er at tvangsinnleggelse starter med en vurdering av lege om vilkårene for tvungent observasjon eller tvungent psykisk helsevern er oppfylt, jfr. psykisk helsevernloven § 3-1.

På bakgrunn av denne legeundersøkelsen kan faglig ansvarlige beslutte tvungent psykisk helsevern jfr. psykisk helsevernloven § 3-3. Denne prosessen må legges opp slik at vurderingen må tas av to leger, hvorav én skal være uavhengig av den ansvarlige institusjon, jfr. § 3-3 første ledd nr. 2.

Kapittel 1 inneholder en del innledende, men viktige generelle bestemmelser som formål og legaldefinisjoner. Kapittel 2 gir bestemmelser om pasientens samtykke og § 2-1 fastslår at psykisk helsehjelp som utgangspunkt skal ytes på frivillig grunnlag.

Kapittel 3 er om etablering og opphør av tvungent psykisk helsevern. Kapitlet gir hjemmel for både tvungent psykisk helsevern i § 3-3 og tvungent observasjon etter § 3-2. Videre kan pasienten ved innleggelse bli holdt tilbake og hentet med tvang til institusjonen, jfr. § 3-5. I dette kapitlet er det også prosessuelle og personelle reguleringer om hvordan forskjellige vedtak fattes. Det er her en regel om konverteringsforbud fra frivillig til tvungent psykisk helsevern. Det kan i gitte tilfeller fravikes fra dette utgangspunktet. Viktig for systemforståelsen er psykisk helsevernsløven § 3-7 som slår fast at når vilkårene etter § 3-3 ikke lenger er oppfylt skal tvungent psykisk helsevern opphøre.

Kapittel 4 gir rammer for tvungent og frivillig psykisk helseverns innhold. Her er det noen rettigheter, som for eksempel rett til individuell plan etter § 4-1 og rett til vern for den personlige integriteten etter § 4-2. Kapitlet gir også en del hjemler til inngrep som skjerming, behandling uten samtykke, regulering av kommunikasjon med omverdenen, undersøkelse av rom og visitering av kropp, beslag, urinprøver, tvangsmidler og tvangsernæring. Kapitlet gir en utførlig oversikt over hva det er lov til å tvinge pasienter til. Det er gitt flere hjemler for forskrifter for nærmere regulering.

Kapittel 5 gir egne regler for pasienter som får dom til behandling etter straffeloven § 39. I § 5-1 står det at bestemmelsene i resten av loven gjelder så langt de passer med unntak av §§ 3-1 til 3-4 og §§ 3-7 til 3-9. Sentralt her er spesielle regler om etablering og opphør av behandling.

Kapittel 6 gir regler for kontroll og etterprøving av vedtakene. Det er her personelle og prosessuelle regler for prosessen. Viktig er her bestemmelsene om kontrollkommisjonen og dens virke. Kapittel 7 omhandler retten til domstolsbehandling i tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36. Viktig her er regelen om at slike saker etter § 36-5 skal behandles prioritert og så hurtig som det forsvarlig lar seg gjøre og at retten prøver alle sider av saken. Sentralt er her om de materielle vilkårene er oppfylt på domstidspunktet. Retten er videre ikke bundet av anførsler og påstander.¹⁸ Domstolens rett og plikt til å prøve forvaltningens vedtak står i kontrast til forvaltningsavgjørelser ellers. Hovedregelen er at forvaltningen bare kan ta stilling til lovmessigheten. Domstolene kan ikke uten hjemmel overprøve forvaltningens hensiktsmessige lovlighetsskjønn, gjerne kalt ”fritt skjønn”.¹⁹ Det hensiktsmessige kan bare retten ta stilling til når det er spesielt bestemt, slik som det er for vårt tilfelle.

Kapittel 8 heter ” Forskjellige bestemmelser” og inneholder ikke så mye mer enn hjemmel til forskrifter til lovens anvendelse på Svalbard og Jan Mayen.

¹⁸ (Syse, 2007: 182)

¹⁹ (Tvedt, 2005: 98)

1.3 Helserettslige prinsipper

I tolkning av helseretten må man ta hensyn til relevante helserettslige prinsipper,²⁰ eller overordnede verdier.²¹ Ordet ”Prinsipper” i forvaltningsrettslig sammenheng kan ha flere betydninger. Det kan være en pedagogisk sammenfatning av rettsreglene for å skape oversikt. Det kan også være verdier og hensyn som styrer utformingen og tolkningen av rettsregler. Til sist kan det være ”alminnelige rettsprinsipper” eller navn på rettsregler.²² Legalitetsprinsippet er et eksempel på en slik ulovfestet forvaltningsregel.²³ At disse prinsippene til tider utledes som et oppsummerende uttrykk for gjeldende rett av rettskildene synes klart.²⁴

Følgende liste er eksempler brukt for å beskrive prinsippene: pasientens autonomi, helsepersonells autonomi, det offentliges autonomi, pasienters rett til informasjon, pasienters rett til innsyn, helsepersonells taushetsplikt, rett til riktig behandling, helsearbeideres plikt til å utøve forsvarlig, statens tilsyns- og kontroll- plikt, pasienters klagerett, pasienters rett til erstatning og pasienters strafferettslige vern.²⁵ Det følger mye av prinsippenes ordlyd hva de innebærer og flere av dem er delvis eller etter hvert helt lovfestet.

Jeg vil her gjennomgå noen av de mest sentrale helserettslige prinsippene for psykisk helsevernloven § 3-3.

²⁰ (Kjønstad, 2002:42)

²¹ (Høyer, 2002: 34)

²² (Eckhoff og Smith, 2006: 30)

²³ (Andenæs, 2003: 78)

²⁴ (Eckhoff og Smith, 2006: 30)

²⁵ (Kjønstad, 2007: 41)

1.3.1 Pasientens autonomi

Utgangspunktet er at pasienten har autonomi. Dette betyr at pasienten er den som til sist bestemmer hvordan og om det skal iverksettes helsehjelp. Regelen kommer til uttrykk i psykisk helsevernloven § 2-1. Her står det at helsehjelp som hovedregel og utgangspunkt skal "... ytes på bakgrunn av samtykke etter bestemmelsene i pasientrettighetsloven, med mindre annet følger av loven her." Psykisk helsevernloven § 3-3 blir derfor et unntak fra dette. Det er her et krav at "... frivillig psykisk helsevern har vært forsøkt", før man kan fatte vedtak etter § 3-3.

Forarbeidene til dagens lov sier også at frivillighet er et viktig mål og prinsipp.²⁶

Rettspraksis viser at prinsippet var gjeldende før dagens lov. I en erstatningssak fra Frostating lagmannsrett, RG 1954 s.601 fikk en kvinne erstatning for en amputasjon som hun ikke hadde samtykket til.

Praksis er imidlertid ikke helt klar. Pasienten i Rt. 1981 s. 728 ble nektet erstatning for en feilslått opprasjon som førte til lammelse av arm og skulder. Her slo prinsippet ikke gjennom. Flertallet legger her ikke vekt på at det ikke ble gitt nok informasjon om skaderisikoen slik at man kunne gi et informert samtykke. Man kan derfor hevde at prinsippet ikke fikk sitt endelige gjennomslag og posisjon før pasientrettighetsloven kom.²⁷

I dag er det gitt regler om at samtykke må være informert, det vil si at pasienten har fått alle nødvendige opplysninger og at et slikt samtykke kan trekkes tilbake etter pasientrettighetsloven § 4-1.

²⁶ (Ot.prp. nr. 11 (1998-99) pkt. 6.1.1)

²⁷ (Kjønstad, 2007: 42)

1.3.2 Det minste inngreps prinsipp

Et viktig prinsipp er ”det minste inngreps prinsipp”. Ved valget av to lovlige handlinger skal man gjennomføre den som synes minst belastende. Dette prinsippet kommer frem både i loven og forarbeider.²⁸ Prinsippet utfyller legalitetsprinsippet slik at selv om man har hjemmel for flere alternativer kan man bare velge det minst inngripende. Psykisk helsevernloven § 3-3 første ledd nr. 1 fastslår at tvungen psykiske helsevern ikke kommer til anvendelse dersom ikke frivillighet er forsøkt eller åpenbart formålsløst. I første ledd nr. 6 står det: ”Selv om lovens vilkår ellers er oppfylt, kan tvungen psykisk helsevern bare finne sted hvor dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsning for vedkommende...”. Videre kommer det frem i psykisk helsevernloven § 4-2 hvor det står: ”Restriksjoner og tvang skal innskrenkes til det strengt nødvendige, og det skal så langt det er mulig tas hensyn til pasientens syn på slike tiltak.”

Et annet eksempel er psykisk helsevernloven § 4-8 som slår fast at tvangsmidler kun skal brukes når det er ”uomgjengelig nødvendig”.

1.3.3 Legalitetsprinsippet

Videre må legalitetsprinsippet nevnes som et viktig prinsipp i forhold til psykisk helsevernloven § 3-3.²⁹ Når man skal foreta inngrep i andres integritet må vedtaket være hjemlet i lov. Slik hjemmel i lov kan delegeres til for eksempel forskrift.³⁰ Jo mer alvorlig et inngrep er, desto større vekt får rettssikkerhetshensynene.³¹ Det vil si at desto mer alvorlig inngrep desto klarere hjemmel trenger man. Legalitetsprinsippet er ulovfestet forvaltningsrett.³² Det følger også for øvrig i dag av EMK art. 5 og art. 8 ved menneskerettsloven. Det er ikke tvilsomt at det var gjeldende rett også før 1999.

²⁸ (Ot.prp. nr. 11 (1998-99) pkt. 2.1)

²⁹ (Høyre, 2002: 39)

³⁰ (Eckhoff, 2006:78)

³¹ (Eskeland, 1994: 111)

³² (Andenæs, 2003:78)

Høyesterett slår i rettspraksis kort fast at regelen eksisterer uten å begrunne den i andre rettskilder og skriver:

”Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner - herunder i tilknytning til offentlig pleie og helsehjelp. Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet.”
(Rt. 2010 s. 612)

Prinsippet kommer også til syne i Den europeiske menneskerettsdomstolen i saken *Pretty mot Storbritannia* 29. april 2002 (EMD-2002-2346), hvor retten skriver:

“... the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person's physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 § 1 of the Convention. “

Høyesterett referer til denne dommen i Rt. 2010 s. 612.

Legalitetsprinsippet er noe nyansert i rettspraksis.³³ Høyesterett skriver at:

”kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes.”(Rt. 1995 s.530)

Denne avgjørelsen gjaldt imidlertid vedtak om en avgift for en aktør i fiskeforedlingsbransjen. Altså er vi ikke inne i kjernen av Legalitetsprinsippet. Dommen viser at prinsippet er fleksibelt og ikke vil inneholde det samme i alle sammenhenger.

³³ (Eckhoff, 2006: 352)

2 Tvungent psykisk helsevern etter § 3-3

2.1 Oversikt, personelle og prosessuelle bestemmelser

2.1.1 Oversikt

Jeg vil videre gi en oversikt over hvordan oppgaven er disponert for å besvare min problemstilling. Jeg går først kort gjennom lovens prosessuelle og personelle vilkår. Så tar jeg for meg de materielle vilkårene. Den prosessuelle og personelle delen handler om hvem og hvordan vedtaket kommer i stand. Dette er i hovedsak en fremstilling av hvem ” faglig ansvarlig” er og hvordan vedtaket kommer i stand.

§ 3-3 inneholder materielle vilkår som må være oppfylt. Det første vilkåret som alltid må foreligge er det såkalte grunnvilkåret om en alvorlig sinnslidelse. Videre må alltid et av de to tilleggskriteriene foreligge. Disse kalles gjerne behandlingskriteriet og farekriteriet.

Det er i tillegg til dette et krav om at inngrepet skal oppfylle det minste inngreps prinsipp ved at frivillighet skal være forsøkt. Videre skal institusjonen være faglig og materielt utstyrt slik at de klarer å behandle pasienten. Dette er for å unngå ren oppbevaring.

Til sist er det et krav om at vedtaket skal gjennomgå en skjønnsmessig helhetsvurdering. Her blir lovanvender stilt ganske fritt til å vurdere om vedtaket alt i alt er den beste løsningen. Det følger av dette at selv om alle vilkårene ellers er oppfylt kan man nekte å fatte eller opprettholde vedtaket fordi det etter en skjønnsmessig vurdering ikke fremstår som den beste løsningen.

Skillet mellom materielle, personelle og prosessuelle krav er viktig fordi det først og fremst er de materielle vilkårene som blir prøvd av retten. Generelt i forvaltningsretten vil personelle og prosessuelle feil kunne føre til at vedtaket faller bort som ugyldig etter forvaltningsloven § 41. Utgangspunktet for rettens vurdering her er at det er en vurdering av vilkårene på domstidspunktet. Prosessfeil får dermed mindre betydning. Når de

materielle vilkårene er oppfylt på domstidspunktet vil fortsatt tilbakehold i utgangspunkt forbli resultatet selv om det er gjort en slik feil.³⁴

I Rt. 1998 s.937 skriver Høyesterett at vedtaket var "... i strid med flere saksbehandlingsbestemmelser." Høyesterett skriver videre at dette ikke kan føre til at de ikke prøver de materielle vilkårene, vedtaket ble opprettholdt. I Rt. 2002s. 1646 ble det også konstatert feil saksbehandling på grunn av brudd på konverteringsregelen. Høyesterett skrev at: " Det er dermed ikke en gyldighetsprøving retten skal foreta, og det er i prinsippet ikke adgang til å påstå et vedtak kjent ugyldig". Høyesterett skriver videre at det i "eksepsjonelle tilfeller" kan tenkes at det kan bli snakk om opphevelse. Slik Syse tolker dommen er unntaket så snevert at det i praksis aldri vil bli aktuelt.³⁵ Det kommer i dommen videre frem at slike prosessuelle feil kan komme inn som et moment i helhetsvurderingen.

Altså er de materielle vilkårene de som er viktige å vurdere med tanke på om vedtaket skal oppheves.

2.1.2 Personelle og prosessuelle bestemmelser

Psykisk helsevernloven. § 3-3 første ledd innleder med noen prosessuelle og personelle bestemmelser. Lovens ordlyd er:

"På bakgrunn av opplysninger fra legeundersøkelsen etter § 3-1 og eventuell tvungen observasjon etter § 3-2, foretar den faglig ansvarlige en vurdering av om de følgende vilkårene for tvungen psykisk helsevern er oppfylt:"

Det er "Faglige ansvarlige" som skal gjennomføre og kontrollere om vilkårene for tvungen psykisk helsevern er oppfylt og som har vedtakskompetansen for dette. Faglige ansvarlig er legaldefinert i psykisk helsevernloven § 1-4.

³⁴ (Syse, 2007: 194)

³⁵ (Syse, 2007: 196)

Den faglige ansvarlige var tidligere en overlege som etter forarbeidene skulle være overordnet lege med spesialutdanning i psykiatri. Etter lovendringen i 2006 har det nå blitt slik at faglig ansvarlig kan være ” Lege med relevant spesialistgodkjenning eller klinisk psykolog med relevant praksis og videreutdanning som fastsatt i forskrift”, jfr. psykisk helsevernloven § 1-4. Slik forskrift er gitt ved forskrift av 1. Des. 2000 nr. 1219. Videre må pasienten vurderes av to uavhengige leger, hvorav den ene må være uavhengig den institusjonen som blir å foreta innleggelsen, jfr. psykisk helsevernloven § 3-3 første ledd nr. 2. Dersom faglige ansvarlige er psykolog må det gjennomføres en egen legeundersøkelse.³⁶

Den fagliges ansvarliges ansvar kommer igjen frem i § 3 -3 andre ledd. Her går det frem at vedtaket treffes på foreliggende opplysninger og egen personlig undersøkelse av pasienten. Vedtaket skal straks nedtegnes.

Det er fagliges ansvarliges ansvar å vurdere om de materielle vilkårene er oppfylt, jfr. § 3-3 første ledd. Dette skal skje på bakgrunn av legeundersøkelse, jfr. § 3-1 og eventuell tvungent observasjon etter § 3-2. Det må videre i prosessen bli brakt på det rene at frivillig helsevern er forsøkt eller åpenbart formålsløst, jfr. § 3-3 første ledd nr 2.

2.1.3 Anledning til å uttale seg

Det neste vilkåret i loven er psykisk helsevernloven § 3-3 første ledd nr. 5. Etter lovens ordlyd er det ett vilkår at ” Pasienten er gitt anledning til å uttale seg, jfr. § 3-9.” Dette må forstås som en prosessuell bestemmelse.³⁷ Dette er en henvisning og en påminning om at pasienten har en lovbestemt rett til å uttale seg. I psykisk helsevernloven § 3-9 fremgår det at før vedtak fattes skal pasienten gis anledning til å uttale seg om etableringen av tvang og

³⁶ (Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) pkt. 12)

³⁷ (Syse, 2007: 185)

eventuelt hvilken institusjon som skal velges. Videre har pårørende og eventuelt offentlige myndighet uttalelsesrett.

For de pårørende vil imidlertid taushetsplikten komme i veien. Det står ikke noe i loven om at de alminnelige reglene om taushetsplikt skal vike og taushetsplikten må derfor gå foran denne bestemmelsen.³⁸ Dette vil i praksis kunne begrense de pårørendes mulighet til å engasjere seg.

At denne henvisningen er tatt med i psykisk helsevernloven § 3-3 er av pedagogiske hensyn og for å vise viktigheten av at bestemmelsen overholdes.³⁹

Rett til å uttale seg, rett til å bli hørt, rett til informasjon og rett til medvirkning er i pasientrettighetsloven gjort gjeldende for psykisk helsevern.⁴⁰

Selve bestemmelsen er en videreføring og styrking av den eldre lovens § 3-12.⁴¹ I forarbeidene blir det skrevet at denne endringen ikke er endring av rettssituasjonen, men en tydeliggjøring.⁴² Det blir også sagt at pasientens syn ikke skal være bindende. Dette følger jo også av ordlyden, da det å bli hørt ikke er det samme som å få rett.

Særlig interessant er lovens ordlyd om at pasienten kun har uttalerett i forhold til hvilken institusjon han skal legges inn på. Dette må ses i sammenheng med pasientrettighetsloven § 2-4 tredje ledd hvor det nå fremgår at retten til fritt sykehusvalg ikke gjelder hvis det er uforsvarlig eller i betydelig grad er egnet til å svekke formålet med det tvungne vernet.⁴³ Dette harmonerer jo egentlig godt med psykisk helsevernloven § 3-3, ved at man skal legge vekt på pasientens uttalelser. Pasienten trenger i utgangspunktet ikke å angi sine grunner for

³⁸ (Syse, 2007: 107)

³⁹ (Riedl, 2003: 89)

⁴⁰ (Syse, 2007: 105)

⁴¹ (Riedl, 2008: 122)

⁴² (Ot.prp. nr. 65 (2005-2006))

⁴³ (Syse, 2007: 106)

valget, det må imidlertid sykehuset.⁴⁴ Men det må være klart at en pasient står sterkere med en saklig begrunnelse.

2.1.4 Klage

Vedtaket kan påklages til kontrollkommisjonen etter § 3-3 tredje ledd. Denne delen av bestemmelsen tar for seg pasientens og de pårørendes mulighet til å påklage vedtaket, lovens ordlyd er:

”Pasienten, samt hans eller hennes nærmeste pårørende og eventuelt den myndighet som har framsatt begjæring etter § 3-6, kan påklage vedtak etter denne bestemmelsen til kontrollkommisjonen. Pasienten kan påklage vedtak om etablering av tvungent psykisk helsevern i inntil 3 måneder etter at vernet er opphørt.”

Lovens ordlyd er i stor grad forklarende og dette momentet inneholder ingen vanskelige tolkningsspørsmål. Jeg har ikke funnet noe i forarbeidene som utdyper dette momentet. Dette kan ses på som en pedagogisk referanse til de andre deler av loven.

Det er verd å merke seg at vedtak om ikke å etablere tvungent psykisk helsevern også kan påklages, jfr. etableringsforskriften § 5.⁴⁵ Jeg antar at denne klageadgangen er mest aktuell for de pårørende. De ”pårørende” er ikke definert i psykisk helsevernloven. Utrykket er imidlertid definert i pasientrettighetsloven § 1-3 pkt. b:

”pasientens pårørende: den pasienten oppgir som pårørende og nærmeste pårørende. Dersom pasienten er ute av stand til å oppgi pårørende, skal nærmeste pårørende være den som i størst utstrekning har varig og løpende kontakt med pasienten, likevel slik at det tas utgangspunkt i følgende rekkefølge: ektefelle, registrert partner, personer som lever i ekteskapslignende eller partnerskapslignende samboerskap med pasienten, myndige barn, foreldre eller andre med foreldreansvaret, myndige søsken, besteforeldre, andre familiemedlemmer som står pasienten nær, verge eller hjelpeverge. Ved tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern har den som i størst utstrekning har hatt varig og løpende kontakt med pasienten

⁴⁴ (Syse, 2007: 106)

⁴⁵ (Riedl, 2008: 92)

tilsvarende rettigheter som den nærmeste pårørende etter psykisk helsevernloven og loven her, dersom ikke særlige grunner taler mot dette.”

Regelen synes grei, i utgangspunktet er det pasienten som oppgir den som skal regnes som nærmeste pårørende. Hvis pasienten ikke oppgir pårørende skal nevnte rekkefølge benyttes.

Det er klart at pårørende som ønsker å klage vil kunne ønske seg mest mulig informasjon rundt vedtaket. Imidlertid kan en slik informasjon lett komme i strid med taushetsplikten. Slik informasjon må eventuelt skje innenfor de grenser som taushetsplikten setter.⁴⁶ Dette vil i praksis føre til at pårørende ikke vil kunne klage hvis ikke pasienten lar dem slippe til.⁴⁷

Kontrollkommisjonens vedtak kan igjen etter § 7-1 påklages til tingretten etter tvistelovens kapittel 36.

2.2 Hovedvilkår om alvorlig sinnslidelse

2.2.1 Generelt om hovedvilkåret

Hovedvilkåret for tvungent behandling etter psykisk helsevernloven § 3-3 er at det må foreligge en ”alvorlig sinnslidelse”. Dette er et juridisk vilkår som ikke har noe motstykke i det medisinske diagnosesystemet. ”Alvorlig” tilsier at ikke enhver lidelse kan være dekket av lovens ordlyd, det må dreie seg om sykdom av en viss karakter. Ordlyden sier ikke mer om hvordan begrepet skal forstås.

Utgangspunktet er at kjernen av ”alvorlig sinnslidelse” er psykoser eller psykoselidelser. Dette fremgår klart av forarbeider og Rt. 1987 s. 1495.⁴⁸ Fordi kjernen er så klar er den i rettskildene lite drøftet og problematisert. Den er mer overlatt til sakkyndiges medisinske

⁴⁶ (Syse, 2007: 84 og Riedl, 2008: 93)

⁴⁷ (Syse, 2007: 84)

⁴⁸ (Ot.prp. nr. 11 (1998-99))

vurderinger. En generell definisjon av psykosen finner man ikke i rettskildene. Det blir tatt for gitt at man vet hva dette er og man må da til helsefaglig litteratur for å definere ”Psykose”. Denne definisjonen kan beskrives på flere måter, for eksempel som dette:

”... å beskrive psykosen som en tilstand der pasienten for kortere eller lengre tid har mistet evnen til å mestre sin situasjon både praktisk og i forhold til andre mennesker. Tilstanden vil være preget av at pasienten har en privat oppfatning av virkeligheten. Dette vil føre til forvirring, og noen grad av ytre og indre kaos. Ofte vil pasienten være sterkt preget av affekt. Den kan være selvdestruktiv, av depressiv karakter eller av aggressiv karakter. Det vil også ofte foreligge en omfattende trusselorientering, med mistenksomhet og paranoide holdninger i forhold til omgivelsene.

En slik kriseartet tilstand vil skape en situasjon som før eller siden bringer nærmeste pårørende og/eller arbeidsplass/skole til å reagere.”⁴⁹

Rt. 1987 s.1495 er her sett på som en av flere viktige dommer. Her skrev Høyesterett og bekreftet at vilkåret ” alvorlig sinnslidelse” har en nær tilknytning til psykosene og at det bare i ”særlige grensetilfeller” kan bli aktuelt med tvungent psykisk helsevern for de med psykiske lidelser der de ikke er psykotiske. Høyesterett skrev videre:

”... At den nye lovs uttrykk « alvorlig sinnslidelse » bare i helt særlige tilfelle kunne anvendes utenfor psykosene, synes også å ha trengt igjennom som den rådende oppfatning i psykiatrisk praksis” (Rt.1987, s.1495)

Til støtte for denne uttalelsen i sitatet over viser høyesterett også til et rundskriv fra Sosialdepartementet av 1. januar 1969. Det siteres videre derifra:

”... Det er imidlertid ikke noe til hinder for at en tilstand klinisk kan klassifiseres som nevrose eller psykopati og likevel komme innenfor den ramme loven stiller opp for «alvorlige sinnslidelser», men slike tilfeller er sjeldne og oftest tvilsomme.” (Rt-1987, s.1495)

Hovedregelen er således at det er psykoser som er kjernen av vilkåret og det som oppfyller vilkårene. Men det er klart at andre psykiske tilstander i unntakstilfeller vil kunne oppfylle

⁴⁹ (Brudal,1989: 11)

vilkåret. Disse unntakstilfellene må da kvalifisere seg fordi det foreligger særlige grunner ved sykdommen.

Et slikt unntakstilfelle er Rt. 1988 s.634 gjerne kalt ”Huleboerdommen”. Den er interessant fordi den er med på å definere grunnvilkåret utenfor kjernen. Her er tolkningen av begrepet alvorlig sinnslidelse sentralt. Førstvoterende refererer til Rt. 1987 s. 1495 og bekrefter dermed de generelle uttalelsene fra denne dommen. Uttalelsene har tyngre rettskildemessig vekt fordi Høyesterett bygger på sine tidlige uttalelser og bekrefter resultatet.⁵⁰

Tilfellet representert i Rt. 1988 s. 634 er et såkalt tvilstilfelle der diagnosen ikke ligger i kjernen av begrepet ” alvorlig sinnslidelse”, det vil si en klar psykose. Selv om det i denne saken ikke er psykose er virkningen av realitetsbristen å sidestilles med en psykose. Lovens vilkår er dermed oppfylt.

Den neste interessante dommen som er med på å definere grunnvilkåret er Rt.1992 s. 249. Her drøftes det om grunnvilkåret er oppfylt når pasienten har en kronisk psykisk lidelse som er behandlet slik at sykdommen ikke lenger gir utslag i psykotiske vrangforestillinger. Altså slik at medisiner holder pasientens sykdom i sjakk slik at han er tilsynelatende frisk fordi han ikke lenger har psykotiske forestillinger. Han oppfyller da i utgangspunktet ikke kravet til en psykose. Høyesterett finner det ikke tvilsomt at lovens grunnvilkår er oppfylt. Pasienten blir her beskrevet som en pasient som oppfyller grunnvilkåret:

”De sakkyndige finner det hevet over tvil at grunnvilkåret for anvendelse av tvang under Lov om psykisk helsevern foreligger. A er utvilsomt alvorlig sinnslidende. Selv om de åpne psykotiske symptomer blekner under lengre tids medikamentell behandling, frembyr han klare schizofrene trekk der den autistiske tilbaketrekning fremstår som det mest tungtveiende.” (Rt.1993 s. 249.)

⁵⁰ (Knophs, 2004: 18 og Boe, 2004: 259)

Altså kan man se at pasienter som har fått en kronisk diagnose vil oppfylle ”alvorlig sinnslidelse” selv om utslaget; psykosene, for øyeblikket er fraværende på grunn av medisiner. Dette gjelder da så lenge symptomfriheten blir holdt i sjakk med medisiner.

Denne dommen ble videre fulgt opp i Rt. 2001 s. 1481. Her skrev Høyesterett:

”Slik jeg ser det, taler en naturlig språklig forståelse av uttrykket for at det er grunnlidelsen som bestemmelsen tar sikte på. Når det gjelder somatiske sykdommer, vil man således anse sykdommen for å være til stede selv om vedkommende er symptomfri som følge av medisiner. Jeg finner også støtte for forståelsen i Rt-1993-249 hvor det ble lagt til grunn at grunnvilkåret var oppfylt for en 39 år gammel mann med diagnosen paranoid schizofreni, også i en periode hvor behandling med antipsykotiske medisiner medførte at de åpne psykotiske symptomer bleknet.”(Rt. 2001 s. 1481)

Man kan på bakgrunn av disse rettskildene utlede noe generelt om hva grunnvilkåret ”alvorlig sinnslidelse” er. For det første synes det klart at kjernen av begrepet er psykose. Men grensen for grunnvilkåret stopper ikke ved psykosene. I sjeldne unntak kan andre psykiske problemer prege et menneske så sterkt at det er å sammenligne med en psykose. Vilkåret er da fortsatt oppfylt. Kroniske psykoselidelser er også oppfylt for det tilfelle at medisiner har fjernet eller bleknet psykosesyntomer. Videre synes det klart at psykopati og utviklingshemming ikke i utgangspunktet faller inn under begrepet. Men for relativt sjeldne tilstander av psykiske avvik kan det bli gjort en konkret vurdering om sykdommen manifesterer seg på en slik måte at virkningene kan sammenlignes med psykose.

Det er viktig å se at for kjernen av ”alvorlig sinnslidelse” tar man utgangspunkt i en diagnose som enten er psykose eller har psykotiske utslag. Utenfor kjernen har man grensetilfellene. For alle de lidelsene som er grenselidelser er det slik at de som hovedregel ikke faller inn under begrepet. De må kvalifisere seg. Man tar derfor ikke utgangspunkt i diagnoser, fordi alle diagnoser som utgangspunkt her faller utenfor. Man ser heller hen til om virkningene av sinnslidelsene er av en slik art at de allikevel må kunne kvalifisere seg til å være en alvorlig sinnslidelse. Man sier da at virkningen av sykdommen er å sidestille

med en psykose. Altså er man diagnoseorientert for kjernen og symptomorientert for grensetilfellene.

Det er altså lovens system at psykisk sykdom for å oppfylle grunnvilkåret deles opp i disse to kategoriene og ikke støtter seg noe videre på andre spesifikke diagnoser. Det er allikevel hensiktsmessig med en typetilfelle- tenkning, blant annet fordi det skaper oversikt og fordi slike pasienter vil få diagnoser som er viktige for å forstå hvordan sykdommen arter seg i det enkelte tilfelle.

2.2.2 Menneskerettighetene

For vilkåret om ” Alvorlig sinnslidelse” er det også en folkerettslig side med regler som ved siden av vårt lovverk gir regler om hvordan alvorlig sinnslidelse må tolkes.

Utgangspunktet er at det dualistiske prinsipp gir best forklaring på hvordan vårt rettssystem fungerer, allikevel kan folkeretten brukes til å fylle tomrom i norsk rett.⁵¹ Disse reglene kan ha betydning for tolkningen og blir jevnelig påropt i forbindelse med dette rettsområdet og generelt i helseretten.⁵² Det er derfor hensiktsmessig med en lett oversikt. I utgangspunktet er det en vanlig oppfatning at det norske lovverket vil være i harmoni med kravene fra menneskerettighetene, jfr. Presumsjonsprinsippet.⁵³ Jeg har heller ikke kunnet påvise at noen har fått medhold i påstander om brudd på EMD for dette området. EMK er for øvrig norsk lov med forrang i motstridstilfeller, jfr. menneskerettsloven § 3, noe som skal styrke og sikre konvensjonens rettigheter og plikter.

For psykisk helsevernloven § 3-3 er det kanskje grunnvilkåret vi kan utlede mest om fra de folkerettslige kildene. I kapitlet for grunnvilkåret i forarbeidene er også folkerettslige kilder drøftet.⁵⁴ Her blir EMK artikkel 5 drøftet som en ramme for vilkåret i psykisk helsevern.

⁵¹ (Ruud, 2006: 54).

⁵² (Reidl, 2008: 16-17)

⁵³ (Gisle, 2007: 252)

⁵⁴ (Ot.prp.nr.11, (1998-99). S.78).

Forarbeidene gir uttrykk for at psykisk helsevernloven og vilkåret om alvorlig sinnslidelse ligger innenfor de folkerettslige forpliktelsene.

EMK art. 5 nr. 1 bokstav e) inneholder begrepet « unsound mind » som ramme for hvem som kan berøves sin frihet for behandling. EMKs begrep er i forarbeidene antatt å fange videre enn det norske begrepet ”Alvorlig sinnslidelse”. Det nevnes videre at det norske begrepet antagelig er nærmere ”mental disorder of a serious nature » begrepet i art.7 i konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin.⁵⁵

Videre er det slik at tolkningen må ligge innenfor « Winterwerp-vilkårene »for at kravene etter art 5 nr. 1 bokstav e) skal være oppfylt. Vilkårene opparbeidet i EMDs praksis i den såkalte Winterwerp-saken.⁵⁶ Dommen regnes som sentral for forståelsen.⁵⁷ Vilkårene er:

” - den mentale forstyrrelsen må være fastslått på grunnlag av uttalelse fra objektiv medisinsk ekspertise, - den mentale forstyrrelsen må være av en slik art at den gjør frihetsberøvelse berettiget, - de betingelser som her er nevnt må være til stede under hele frihetsberøvelsen” Ot.prp.nr.11, (1998-99) Pkt. 7.3.4.1.

I Winterwerp- Saken kom det frem at for å være av ”Unsound mind” må man ha en ”True Mental Disorder”.⁵⁸ En ” True Mental Disorder” er videre noe som må fastslås av objektiv medisinsk ekspertise. Men det er videre gitt uttrykk for i EMD sin praksis at begrepet ” Unsound mind” ikke er begrenset til ”... mental illnes, but must be understood in its widest sense, including abnormal personality disorder. Thus it must be taken to include intellectual disabilities (sometimes described in statuettes as mental impairment or mental retardation in contrast to mental illness), psychotic illnesses, psychopath, and probably neurotic conditions as well. The court is equally clear that mere eccentricity is insufficient to constitute unsound of mind”.⁵⁹

⁵⁵ (Ot.prp.nr.11, (1998-99). S.78).

⁵⁶ (EMD-1973-6301)

⁵⁷ (Syse, 2006: 329)

⁵⁸ (Barlett, 2007: 42).

⁵⁹ (Barlett, 2007: 42-43)

Det folkerettslige perspektivet er interessant, men slik det er forstått holder det norske lovverket seg innenfor disse rammene. Dette utelukker ikke at man kan bryte disse reglene ved praksis, men det er antatt at man da vil bryte de norske reglene også.⁶⁰

2.2.3 Typetilfeller

Som beskrevet over er det ikke mulig å gi en uttømmende oversikt over grunnvilkåret. Jeg vil allikevel prøve å gå gjennom noen typetilfeller som er antatt særlig aktuelle for grunnvilkåret i psykisk helsevernloven § 3-3.

2.2.3.1 Psykosene

At psykosene er kjernen av begrepet er uomtvistet av rettspraksis fra Høyesterett, for eksempel Rt. 1987 s. 1495, som nevnt over i det generelle kapitlet. Hva en psykose er blir imidlertid overlatt til sakkyndige og hva som er helsefaglig riktig å fastslå. Forarbeidene er klare på dette punktet, men heller ikke særlig informative om hva begrepet inneholder. Derfor vil rettsavgjørelser si lite eller ingen ting om dette.

Man kan beskrive en psykose slik at det foreligger når en persons syn på seg selv, eller omgivelsene, forandres på grunn av vrangforestillinger, eller hallusinasjoner, på en så massiv måte at det ikke lenger kan beskrives som friskt. Den syke vil dermed beskrive og oppfatte virkeligheten på en annen måte en andre.⁶¹ Her må det åpnes for noe skjønn slik at en fast grense ikke er lett å kartlegge nærmere i teorien, da det er graden av svikt i intellektuelle, kognitive og psykososiale funksjoner som vil avgjøre svaret.⁶² Hva som er

⁶⁰ (Syse, 2006: 340 og Blesvik, 2006)

⁶¹ (Helsedirektoratet: 2010)

⁶² (Riedl, 2008: 81)

årsaken til psykosen er ikke avgjørende. Man kan uansett heller ikke fullt ut forklare hvorfor noen er mer disponert for å utløse psykoser enn andre.

Som beskrevet over er psykosene kjernen av ” alvorlig sinnslidelse” og diagnoser blir her sentralt i vurderingen. Psykose er imidlertid ikke i seg selv noen egen medisinsk diagnose. I jussen blir psykose brukt som et samlebegrep for flere psykiske sykdommer. For medisinen er psykose mer et symptom for diagnosen. Det er disse psykoselidelsene, eller sagt med andre ord; psykiske lidelser som har psykose som symptom, som faller inn under kjernebegrepet i psykisk helsevernloven § 3-3.

Søk i helsedirektoratets søkeverktøy for ICD gir 44 treff for psykoser.⁶³ ICD (International Classification of Diseases) er World health organisations diagnoseverktøy som blir brukt av de 193 medlemslandene for å ha en felles medisinsk standard for sykdommer. Mest kjent er kanskje:

F22.0: Paranoid psykose (vrangforestillingslidelse),
F25: Schizoaffective lidelser (schizoaffective psykoser),
F23: Akutte og forbigående psykoser og
F20-F29: Schizofreni, schizotyp lidelse og paranoide lidelser.

Symptomene for schizofrene lidelser forteller mye om hvordan personer med psykoser misforstår og oppfatter verden annerledes enn normalt friske personer, noe som også er grunnen til at de ikke alltid kan ta vare på seg selv:

”Generelt kjennetegnes de schizofrene lidelsene av fundamentale og karakteristiske endringer av tenkning og persepsjon, og av inadekvat eller avflatet affekt. Klar bevissthet og intellektuell kapasitet er vanligvis opprettholdt, selv om en viss kognitiv forstyrrelse kan utvikles over tid. De viktigste psykopatologiske fenomenene omfatter tankeekko, tankepåføring eller tanketyveri, tankekringkasting, vrangforestillinger når

⁶³ (ICD-10: 2010)

det gjelder persepsjon og kontroll, influens eller passivitetsbevissthet, hallusinatoriske stemmer som kommenterer eller diskuterer pasienten i tredje person, tankeforstyrrelser og negative symptomer.”⁶⁴

Disse diagnosene kan arte seg svært forskjellig, selv den samme diagnosen vil kunne gi helt forskjellige utslag. Det som er felles og sentralt er den tapte virkelighetsoppfatningen man får ved psykosen. Det er dette tapet som er den bakenforliggende grunnen til å rettferdiggjøre tvangsomsorgen, fordi pasienten ikke er i stand til å kunne vurdere dette riktig på grunn av sykdommen.

Et eksempel på slike virkelighetsoppfatninger og deres bisarre utslag er pasienten i Rt. 2001 s. 752 som mente at hans kroppsfunksjoner var endret av påvirkning fra kongen. Pasienten hadde forøvrig diagnosen kronisk paranoid schizofreni. En slik person vil kanskje ikke i utgangspunktet kunne veie for og i mot behandling, slik friske personer vil kunne gjøre, noe som legitimerer tvang.

2.2.3.2 Psykopati

Psykopati ble introdusert i psykiatrien på slutten av 1880- tallet og ble sett på som en medfødt og varig karakterabnormitet. Det ble heller ikke sett på som en svikt ved intelligensen, men ved drifts- og følelseslivet på en slik måte at det var omgivelsene og ikke personen selv som led.⁶⁵ Dette er vel omtrent slik det fortsatt er forstått.

Psykopati faller i utgangspunktet utenfor grunnvilkårets begrep.⁶⁶ Dette følger både av Høyesteretts praksis og forarbeidene. I Rt. 1987 s. 1495 skriver høyesterett:

”Det klare utgangspunkt er at karakteravvik - herunder psykopati - ikke kan anses som "alvorlig sinnslidelse" i lovens forstand.”(Rt. 1987s. 1495)

⁶⁴ (ICD-10: 2010)

⁶⁵ (Hauge, 2002: 44)

⁶⁶ (Skaug, 2002: 140)

Høyesterett støttet seg her videre på et rundskriv fra Helsedirektoratet der det ble sagt at dette utgangspunktet ikke var til hinder for at nevrosener eller psykopati kan falle inn under grensetilfellene, selv om slike tilfeller er sjeldne og ofte tvilsomme.

Dette er samme synspunkt som kommer frem i forarbeidene:

”Utgangspunktet er at karakteravvik - herunder psykopati - i alminnelighet ikke kan anses som alvorlig sinnslidelse, men det kan være hjemmel for å tvangsinnlegge personer med svære karakteravvik, hvor lidelsen *medfører tap av mestring - og realitetsvurderingsevnen.*” (min utheving) (Ot.prp. nr. 11 (1998-99))

Altså er det slik som beskrevet overfor grensetilfellene. Det er ikke diagnosen, men utslagene som sykdommen gir som blir avgjørende.

Psykopati er i dag omtalt som F60.2:Dyssosial personlighetsforstyrrelse i ICD-10.

Diagnosen beskrives slik:

”Personlighetsforstyrrelse kjennetegnet ved likegyldighet for sosiale forpliktelser og uttalt mangel på forståelse for andres følelser. Det foreligger stor diskrepans mellom atferd og gjeldende sosiale normer. Atferden er ikke særlig påvirkelig av negative erfaringer, herunder straff. Pasienten har lav frustrasjonstoleranse og lav terskel for aggresjonsutbrudd, herunder voldshandlinger. Det er en tendens til å bebreide andre, eller til å gi plausible rasjonaliseringer for den atferden som bringer pasienten i konflikt med samfunnet.”⁶⁷

Psykopater trenger ikke nødvendigvis å være verken farlige eller kriminelle, men mangelen på empati kan føre til grov og farlig kriminalitet i noen tilfeller. Det er grunn til å tro at psykopater er overrepresentert i befolkningen ved kriminalitet, aggresjon og vold.⁶⁸ Det er lite som tyder på at disse kan behandles effektivt ved sykehus, dette gjelder særlig norske sykehus som har redusert mulighet til langtidsbehandling.⁶⁹ Ved slike tilfeller kan forvaring etter straffeloven § 39c bli brukt til å opprettholde samfunnssikkerheten.

⁶⁷ (ICD-10:2010)

⁶⁸ (Dahl, 2007: 41 og 53)

⁶⁹ (Dahl, 2007: 162)

2.2.3.3 Psykisk utviklingshemmet

Etter ordlyden kunne man tro at psykisk utviklingshemmede ville kunne falle inn under hovedvilkåret. Det er allikevel sikker rett at det ikke gjør dette.⁷⁰ Forarbeidene er helt tydelige på dette. Departementet skrev i forarbeidene:

”Psykisk utviklingshemming inngår ikke i begrepet psykose.” (Ot.prp. nr. 11 (1998-99) pkt. 7.3.4.1)

Spørsmålet om å utvide grunnbegrepet til også å gjelde psykisk utviklingshemming og andre lignende sinnslidelser er drøftet i NOU 1988: 8 s. 57-58.⁷¹ En slik utvidelse ble imidlertid avvist i de andre forarbeidene og utelatt i loven.

Spørsmålet om psykiske utviklingshemmede kan falle inn under loven har ikke vært oppe i Høyesteretts praksis. Det finnes imidlertid en lagmannsrettsdom som omhandler dette spørsmålet, LF. 2002 s. 793. I denne saken er det noe tvil om hva slags diagnose pasienten har. Det er mistanke om Schizofreni og personlighetsforstyrrelser, men retten legger til grunn at dette ikke er tilfelle og antar at lett utviklingshemming er det som best beskriver pasienten. Eventuelt med en personlighetsforstyrrelse. Retten skrev at det hadde vært i ”Betydelig tvil” hvorvidt de skal statuere ”alvorlig sinnslidelse”. Vilkåret var imidlertid ikke oppfylt i dette tilfellet. Retten skrev:

”...antas A å ha en IQ i debilområdet 50 - 70, noe som er godt forenlig med hans opptreden og adferd. As adferdsforstyrrelser kan langt på veg forklares ut fra hans lettere psykiske utviklingshemning, men det kan ikke utelukkes at han i tillegg kan ha en alvorlig personlighetsforstyrrelse/karakterforstyrrelse, noe som i kombinasjon med lett psykisk utviklingshemning kan sidestilles med en psykose og derved representere en alvorlig sinnslidelse.” (LF. 2002 s. 793)

⁷⁰ (Eskeland, 1975: 21)

⁷¹ (Eskeland, 1994: 45)

Altså kan denne dommen tjene som et eksempel i rettspraksis for at psykisk utviklingshemming kan oppfylle kravet til ”alvorlig sinnslidelse”. Det som ble avgjørende for at det ikke var slik i dette tilfellet var at utslagene ikke var alvorlige nok, retten skrev:

”.... Utslagene av adferdsforstyrrelse har ikke vært så hyppige og manifeste at de i seg selv kan gi grunnlag for å statuere alvorlig sinnslidelse. Det vises til at As utageringer kun har resultert i materielle skader, og at det stedlige politi i X, når det har vært nødvendig, har tatt hånd om A og transportert ham til Østmarka sykehus, noe A selv har ønsket.” (LF. 2002 s. 793)

Igjen ser vi at det ikke er diagnosen som blir avgjørende, men utslagene. Samlet sett kan man konkludere med at også psykisk utviklingshemming i snevre unntakstilfeller kan være en ”alvorlig sinnslidelse”. Forarbeidene gir imidlertid et meget snevert utgangspunkt og når spørsmålet er så lite drøftet i praksis kan man anta at adgangen imidlertid er meget smal eller at spørsmålet kanskje ikke er så praktisk. Det er slik at disse pasientene blir ivaretatt etter annen lovgivning; for eksempel sosialtjenesteloven.

2.2.3.4 Grensetilfeller

Utenfor psykosene, som er kjernen av grunnvilkåret, ligger det andre tilfeller som allikevel faller inn under begrepet. Dette blir gjerne kalt grensetilfellene og har ingen felles diagnose eller felles symptomer. Disse tilfellene kan ikke beskrives som normale psykoser eller psykoselidelser, men de gir lignende utslag for pasienten ved at han får en manglende evne til å orientere seg, ta vare på seg selv og oppfatte verden. Hva som faller innenfor og utenfor her er kanskje den vanskeligste vurderingen i ”Alvorlig sinnslidelse” fordi avgjørelsen av sykdommens virkninger må være skjønnspreget.

Det finnes en slik gruppe sykdommer som faller inn under begrepet, dette følger av forarbeidene. Disse tilfellene blir av forarbeidene beskrevet som sjeldne, slik at vilkåret her skal tolkes strengt. Departementet skriver:

”... men det kan være hjemmel for å tvangsinnlegge personer med svære karakteravvik, hvor lidelsen medfører tap av mestrings- og realitetsvurderingsevnen.” (Ot.prp. nr. 11 (1998-99) pkt.7.3.4.1)

Huleboerdommen av Rt. 1988 s. 634 er kanskje den viktigste dommen for dette spørsmålet. Pasienten levde utendørs i en jordhule, han hadde ”eiendommelig adferd og manglende personlig hygiene”. Han ble etter hvert nektet adgang til universitet på grunn av dette. Den spesielle og harde måten han levde på førte blant annet til liggesår og kontrakturer i beina slik at han ikke kunne gå.

Pasienten i dette tilfelle var imidlertid ikke psykotisk, altså falt han utenfor kjernen av ”Alvorlig sinnslidelse”. Det var videre også vanskelig og gi han noen annen diagnose. I utgangspunktet burde dette bety at man er frisk, noe som også følger av ordlyden. Dette var ikke tilfelle i denne saken. Pasienten blir beskrevet som ett spesielt tilfelle der man ikke kunne påvise psykotiske trekk. Han passet dermed ikke inn i tradisjonelle diagnosesystemer, selv om tilstanden hans hadde likheter med flere diagnoser.

Han ble allikevel funnet å oppfylle hovedvilkåret på grunn av utslagene sykdommen ga. Høyesterett støtter seg på de sakkyndige som skriver:

”Diagnostisk framtrer tilstanden som en alvorlig tvangslidelse med grensepsykotiske trekk. Imidlertid har pasientens regresjon eller dekompenisering til tider vært såpass alvorlig at mange psykiatere sikkert vil betegne tilstanden som psykotisk. Undertegnede er begge tilhengere av å anvende begrepet ”alvorlig sinnslidelse” snevert, med andre ord stort sett sidestille alvorlig sinnslidelse med psykose. Vi mener imidlertid at i dette tilfelle har pasientens regresjon vært så ekstrem at begrepet kan forsvares, selv om ordinære psykotiske symptomer ikke har vært til stede” (Rt. 1988 s. 634)

Denne uttalelsen viser hvordan Høyesterett og de sakkyndige ikke legger vekt på diagnoser utenfor kjernen av ”alvorlig sinnslidelse”. Her er det de utslag sykdommen gir som blir avgjørende. Pasienten hadde et bisart og tvangspreget handlingsmønster som sprengte grensene for hva som kunne forsvares for selv en som hadde valgt en asketisk levemåte for å oppnå innsikt i livet.

På grunn av relativt få Høyesterettsdommer er lagmannsrettsdommen LG. 2008-47236 en interessant avgjørelse om tvungent psykisk helsevern der pasientens tilstand ligger i utkant av grunnvilkåret. Dommen ble anket til Høyesterett, men nektet fremmet. Pasienten i dette tilfellet var vanskelig å diagnostisere og det knyttet seg noe tvil til dette. Retten la til grunn at pasienten hadde en kjerne av asbergerlidelse med en indusert paranoid lidelse. Dette førte til en betydelig og alvorlig funksjonssvikt, noe som ble avgjørende. Altså var det ikke snakk om noen psykose. Retten la til grunn at sykdomstilstanden allikevel oppfylte vilkårene på tross av at diagnosene i utgangspunktet ikke tilsa en ”alvorlig sinnslidelse” og skrev:

”Lagmannsretten finner at kombinasjonen av Aspergers syndrom, trekkene av indusert paranoid lidelsene og den alvorlige funksjonssvikten, er så invalidiserende for A at han må betegnes som alvorlig sinnslidende”. (LG. 2008-47236)

Altså har man tilfeller i rettspraksis der en psykisk sykdom oppfyller grunnvilkåret fordi konsekvensene blir alvorlige nok selv om det ikke foreligger noen psykose. Man kan da ikke legge en streng diagnosefortolkning til grunn, men heller en slags helhetsvurdering.

Denne skjønnsmessige vurderingen er kritisert da dette kan by på et rettsikkerhetsproblem fordi vurderingen blir så individuell. Man har ikke konkrete nok vilkår. Imidlertid er psykiatrien også en dynamisk vitenskap som utvikler seg, men alle psykiske fenomener vil ikke alltid passe inn i systemet fordi virkeligheten er for kompleks og vitenskapen må forenkle diagnosene noe for å kategorisere dem. I virkeligheten er jo ikke ett eneste sykdomsforløp lik det andre.

2.2.3.5 Spiseforstyrrelser

Spørsmålet er om spiseforstyrrelser kan være en ”alvorlig sinnslidelse”

Det finnes ikke andre rettsavgjørelser enn noen meget få tingsrettsdommer som omhandler spørsmålet om spiseforstyrrelser kan være en alvorlig sinnslidelse.⁷² I utgangspunktet faller spiseforstyrrelser utenfor grunnvilkåret da det ikke er snakk om en psykose. Den første dommen er fra Oslo byrett 25. juli 1989, her finner retten at anorexia kan falle inn under alvorlig sinnslidelse, men ikke i dette tilfelle. Den andre dommen er fra Bergen byrett 12. Des. 1991. Etter en helhetsvurdering ble det antatt at personens mestrings- og realiserings-evne var så svekket at tilstanden var en alvorlig sinnslidelse.

Den tredje dommen er fra Oslo tingrett 06.07.2007, her ble ikke vilkåret funnet oppfylt, på tross av at situasjonen ble ansett som alvorlig ved at faren for livet var stor. Dommen ble anket, men frafalt på grunn av overføring til frivillig vern.

Dommen fra Bergen fremstår som en meget grundig dom der rettskildene er viet grundig omtale. Både rettens flertall og mindretall legger til grunn at pasienten har anorexia nervosa. Retten innleder med å påpeke at denne diagnosen i utgangspunktet ikke er noen ”alvorlig sinnslidelse”, som mindretallet påpeker vil denne diagnosen alltid inneholde en viss realitetsbrist, noe som ikke i seg selv gjør at sykdommen kvalifiserer. I denne saken kommer rettens flertall til at vilkårene allikevel er oppfylt. Situasjonen blir beskrevet som alvorlig, pasienten svinger i vekt på det dårligste fra 26,5 til 30 kg, men er oppe i 39 kg ved domsavsigelsen. Pasienten har påvist forstyrret EKG (Elektrokardiogram), elektrolytt - forstyrrelser, lav kroppstemperatur og en allmenntilstand som beskrives som alvorlig.

Pasientens bisarre adferd hadde blitt tolket som psykotiske gjennombrudd, men slik jeg tolker dommen var det ikke slik at pasienten hadde noen generell eller vedvarende psykose. Pasienten mangler det mest vanlige symptomet på sykdommen, nemlig at man ser på seg selv som overvektig selv om man er undervektig. Pasienten ser sykdommen og ønsker hjelp, imidlertid saboterte pasienten behandlingen og motvirket i praksis det som kan hjelpe. Retten legger til grunn at pasienten har store karakteravvik og personlighetsforstyrrelser som medfører tap av mestringsevnen og realitetsvurderingen på

⁷² (Syse, 2007: 208)

en slik måte at en ”helhetsvurdering” tilsier at tilstanden man står ovenfor er en ” Alvorlig sinnslidelse”. Denne rettspraksisen er interessant. Men selv om disse dommene har relevans må de sees på med det forbehold at de i utgangspunktet er så få og så trinnlave at de får mindre vekt for trinnhøyere instanser.⁷³

Det var i 1999 da den nye loven ble vedtatt noe uklart om når spiseforstyrrelser kunne oppfylle hovedvilkåret på grunn av mye taushet i rettskildene omkring dette. For eksempel skrives det i faglitteratur at det ”antagelig” er slik at spiseforstyrrelser vil kunne oppfylle vilkåret.⁷⁴ De eldre forarbeidene avklarer ikke situasjonen mer enn at hovedvilkåret som beskrevet ikke er begrenset kun til psykosene.⁷⁵ Spørsmålet er nå imidlertid blitt utviklet i nyere forarbeider i forbindelse med utarbeiding av lovhjemmel til å gi ernæring med tvang, her heter det:

”Verken bulimi eller anoreksi er med andre ord vanligvis en alvorlig sinnslidelse i lovens forstand. I enkelte tilfeller kan imidlertid pasientens kroppsoppfatning, selvbilde og/eller virkelighetsoppfatning være så fordreid at vilkåret vil kunne være oppfylt” (Ot.prp. nr. 65 (2005-2006))

Altså åpnes det for at spiseforstyrrelser i alvorlige unntakstilfeller kan ses som en alvorlig sinnslidelse. Dette er for øvrig gjort fordi man ønsket å lage en lovhjemmel til tvangsbehandling, det vil si ernæring gitt med tvang, i de mest ekstreme tilfellene.⁷⁶ Man kan nok si dette også var lovlig på samme måte før lovendringen, slik at dette antagelig ikke var nødvendig, men nyttig som en lovfesting og presisering.⁷⁷ Dette fordi lovfestingen ikke gir inntrykk av noen rettsforandring, kun lovfesting. Men dette er noe tvilsomt fordi rettskildene ikke kunne gi noen klar konklusjon. Man kan vel anta at dette tyder på at spørsmålet ikke er så aktuelt eller løses før man får tid til å bruke rettssystemet.

⁷³ (Boe, 2004: 248)

⁷⁴ (Hagen, 2002: 153)

⁷⁵ (Ot.prp. nr. 11 (1998-99) pkt. 7.3)

⁷⁶ (Riedl, 2008: 82)

⁷⁷ (Syse, 2007: 212)

Det er på grunn av lite rettspraksis fra Høyesterett og lagmannsrettene, vanskelig å vurdere dette temaet nærmere på bakgrunn av rettspraksis. Det er anført av Syse at når man skal vurdere om Grunnvilkåret er oppfylt for spiseforstyrrelser er det et uavklart og åpent spørsmål om man kan bygge på om tilleggsvilkårene er klart oppfylt.⁷⁸ Man kan si at der det er tvil om hovedvilkåret er oppfylt vil en ”overoppfyllelse” av tilleggsvilkårene gjøre det lettere å si at hovedvilkåret er oppfylt.⁷⁹

Syse begrunner dette med at han tolker det slik at Høyesterett gjør det i Rt.1988 s.634 og at dette må kunne gjøres slik i andre saker der det er tvil om grunnvilkåret er oppfylt. I spiseforstyrrelsessituasjoner er det jo nettopp tilleggsvilkårene som er årsaken til innleggelse, særlig fare for liv og helse.

Jeg forstår ikke Syse slik at man skal åpne for tvang når grunnvilkåret ikke er oppfylt. Heller slik at ved tvil om grunnvilkåret vil for eksempel stor fare for liv og helse si noe om pasientens sinnslidelse. Fordi det er en presumsjon for at man ikke setter seg i en sånn situasjon frivillig, i hvert fall ikke uten å se det selv. Dette blir også en slags form for reelle hensyn i de eksemplene der sykdommen har meget alvorlige konsekvenser. For eksempel hvis pasienten kan stå i fare for å dø av ernæringsmangel. I en ekstrem situasjon kan man hevde at det faktisk at pasienten sulter seg til døde uten å se dette selv, utgjør en slik overoppfyllelse av farevilkåret slik at grunnvilkåret også lettere er oppfylt.

Helsedirektoratet skriver i retningslinjer at forskning viser at pasienter med alvorlig undervekt har redusert glucosemetabolisme i hjernen samt at det er påvist kognitiv svikt.⁸⁰ Dette er fysiske forandringer i hjernen og ikke bare en mental overbevisning om å slanke seg. Dette gjør at pasienten ikke på en frisk måte klarer å overskue konsekvensene av manglende behandling. Noe som i de mest alvorlige tilfeller fører til at grunnvilkåret er oppfylt. Konkrete fysiske symptomer på dette kan være en stor avmagring på kort tid, BMI

⁷⁸ (Syse, 2002: 210)

⁷⁹ (Syse, 2007: 210)

⁸⁰ (Helsedirektoratet: 2008)
(Helsetilsynet:2000)

(Kroppsmasse indeks) på under 12-14, Hypokalemi (<3,0), lavt blodtrykk (Systolisk blodtrykk <70 mmHg) og tegn på alvorlig cerebral påvirkning i form av kognitiv svikt, suicidalitet og psykose. Disse symptomene er bare utgangspunkt for en helsefaglig helhetsvurdering hvorvidt det juridiske begrepet er oppfylt.

Rettstilstanden må på bakgrunn av manglende praksis kunne beskrives som ikke helt klarlagt. I de ekstreme situasjonene vil nok ofte det å redde livet og forebygge varige skader komme før pasientens autonomi ut i fra en vurdering av reelle hensyn.

2.3 Tilleggsvilkårene

Psykisk helsevernloven § 3-3 første ledd nr. 3 inneholder to tilleggsvilkår delt opp i bokstavene a. og b. De to tilleggskriteriene er gjerne kalt Behandlingskriteriet og Farekriteriet. Grunnvilkåret må være oppfylt sammen med minst ett av disse vilkårene. Men dette oppfyller ikke automatisk lovens krav. Det må videre av ordlyden være ”nødvendig” med tvungent psykisk helsevern på bakgrunn av ett av de to tilleggsvilkårene.

I dagens lov brukes ordet ”nødvendig” om etableringen av vedtaket. ”Nødvendig” erstattet det noe mer strenge og gamle ordet i 1961-loven som var «forspilles».⁸¹ I forarbeidene fremgår det at man ønsket å senke kravene i ordlyden for vilkåret noe. Således var den nye ordlyden en ny presisering eller en justering av rettstilstanden.

2.3.1 Tilleggsvilkåret - Behandlingskriteriet

Behandlingskriteriet er etter ordlyden oppfylt når det på grunn av en alvorlig sinnslidelse er nødvendig med psykisk helsevern for å hindre at pasienten ved manglende behandling: ”... får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, eller det er

⁸¹(Ot.prp. nr. 11 (1998-99)pkt. 7.3.4.2)

stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret...”

Altså kan behandlingskriteriet etter ordlyden deles opp i et behandlingsvilkår for den helsen som kan forbedres og et forverringsvilkår for den helsen som kan tapes.

2.3.1.1 Behandlingskriteriet – Behandlingsvilkåret

Det første spørsmålet som skal avgjøres er hva som ligger i ordlyden ”helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert”. Ordlyden er altså oppfylt om pasienten kan behandles slik at han blir helbredet eller for at han skal kunne bli vesentlig bedre. Helt helbredet er man ved å bli helt frisk. Spørsmålet er hvor mye som skal til før ”vesentlig bedring i betydelig grad er redusert.” Høyesterettspraksis som omtalt under, viser at det er en konkret prognose med og uten behandling som må vurderes.⁸² Behandlingen innenfor helsevernet må klart gi et bedre resultat enn hva pasienten kan oppnå utenfor. Dette vil i stor grad være et spørsmål som vil måtte bli avgjort av de fagkyndige. Vurderingen må her i utgangspunktet være objektiv, selv om man kan legge vekt på pasientens subjektive meninger.

Etter ordlyden må det finne sted en endring i sykdomstilstanden på grunn av vedtaket. Denne endringen må innebære at pasienten kan fungere på en måte som i vesentlig mindre grad enn før bærer preg av sykdommen. Altså årsakssammenheng mellom behandlingen og bedringen. Det vil si at for eksempel den ”bedringen” som kommer av at en pasient over mange år ”brenner ut” av alderdom ikke kan regnes med.⁸³

Behandlingsvilkåret er behandlet av Høyesterett blant annet i Rt. 1998 s. 937. Høyesterett uttalte: ”Behandlingskriteriet er først og fremst oppfylt når det er utsikt til en bedring av pasientens nåværende tilstand.”

⁸² (Syse, 2007: 187)

⁸³ (Syse, 1994: 49)

I denne saken var dette tilfelle. Pasienten kunne ved behandling i institusjonen oppnå bedring som utenfor institusjonen hadde blitt forspilt. Denne forbedringen ville skyldes virkningene av antipsykotiske medisiner som ville lette sykdommen. Denne forbedringen ville kunne føre til at det ble lettere for ham å samarbeide om behandlingen, noe som igjen ville føre til at han kunne bli enda bedre. Altså var det her et forbedringspotensiale. Høyesterett tar i denne vurderingen utgangspunkt i en hypotetisk vurdering der sannsynligheten om hvordan utviklingen kommer til å bli med og uten vedtak ligger til grunn. Høyesterett mener her at man kan tro at det vil bli en forskjell som er stor nok til at behandlingsvilkåret er oppfylt. Høyesterett skriver videre:

”Det foreligger et klart og reelt håp om ytterligere bedring og stabilisering dersom det lykkes å få gjennomført en godt kontrollert antipsykotisk medikamentbehandling over tilstrekkelig lang tid (1-2 år). Forutsetningen er at inntaket av antipsykotisk medikasjon kan gjennomføres relativt konsekvent og uten for mange avbrudd. Samtidig må det også satses på diverse pedagogiske og sosialmedisinske tiltak, slik at han kan lære å stelle for seg selv og ivareta egen økonomi. Han må få hjelp til egen bolig, og det planlegges et tett ettervernsprogram. Alt dette vil kreve tid.”

Behandlingsvilkåret er også drøftet og funnet oppfylt i Rt. 1999 s. 637, men blir kort omtalt. Høyesterett skriver at vilkåret er oppfylt fordi pasienten har mulighet til en ”viss bedring”. Man kan tolke Høyesterett slik at de har forutsatt en slags vurdering av fremtiden med og uten vedtaket. Dette er i praksis en vurdering av tenkt utvikling med og uten behandling og medisiner. Høyesterett finner da at den eneste måten å oppnå denne bedringen er ved å opprettholde behandlingen. Det vil dermed finne sted en bedring som ikke hadde funnet sted ellers.

På bakgrunn av rettsavgjørelsene her kan vi se at for at behandlingsvilkåret skal være oppfylt må det være mulig å se en forbedring av pasientens sykdom ved behandlingen. Vurderingen av dette blir mulighetene for forbedring med og uten behandling. Det holder altså ikke å mene at behandling generelt er bra for pasienten. Den ansvarlige behandler må kunne si at pasienten kan få til en konkret og påviselig forbedring av sykdomstilstanden.

Det neste spørsmålet som må drøftes og avgjøres er hvilket tidsperspektiv som skal legges til grunn for forbedringen eller helbredelsen. Spørsmålet er ikke drøftet i forarbeidene eller i lovens ordlyd. På bakgrunn av slutninger av lovens system og formål er det forstått slik at det ikke er adgang til å trekke en slik vurdering ubestemt inn i fremtiden.⁸⁴ Det er i første rekke hensynene som knytter seg til inngrep med tvang og legalitetsprinsippet som bidrar til denne oppfatningen. For at vurderingen skal kunne være reel må også tidsperspektivet være noe konkret. Det må gjelde et krav om forholdsvis nær fremtid, men ikke meget nær fremtid. På grunn av inngrepets alvorlighet kan det allikevel ikke være snakk om en helt flytende grense. En nærmere definisjon er ikke mulig å gi, og kanskje heller ikke ønskelig.

I Rt. 1998 s.937 blir det slik jeg tolker det sagt at behandlingsvilkåret er oppfylt når man i løpet av 1-2 år vil kunne oppnå ytterligere bedring. Høyesterett uttrykker dette slik:

”Det foreligger et klart og reelt håp om ytterligere bedring og stabilisering dersom det lykkes å få gjennomført en godt kontrollert antipsykotisk medikamentbehandling over tilstrekkelig lang tid (1-2 år).” (Rt. 1998 s.937)

Jeg tolker det imidlertid ikke som at høyesterett ser dette som noe grensetilfelle, altså er to år godt innenfor en eventuell akseptabel tidshorisont.

Det er lite Høyesterettspraksis rundt temaet. Jeg vil anta at dette kanskje henger sammen med at når disse sakene kommer for retten har det alt gått litt tid med behandling og medisinerings, slik at forverringsalternativ av behandlingskriteriet er det som fremstår som mest nærliggende å drøfte. Dette ettersom det alltid er situasjonen på det aktuelle tidspunktet som skal avgjøres av domstolene.

⁸⁴ (Hagen, 2002: 156 og Riedl, 2008: 84)

2.3.1.2 Behandlingskriteriet - Forverringsalternativet

Den neste delen av behandlingskriteriet som må drøftes er det såkalte forverringsalternativet. Her er det muligheten til å opprettholde behandling for å hindre forverring av sykdommen. Altså ikke å lage forbedring, men å forhindre forverring. Psykisk helsevernloven § 3-3s ordlyd og vilkår er: "... det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret".

Denne delen av vilkåret var tidligere ulovfestet høyesterettspraksis, som ble lovfestet ved loven av 1999. Regelen er en videreføring av praksisen, men den er også en innstramming eller presisering av tidsbegrensningen. Den eldre rettspraksisen er viktig fordi det ikke finnes så mange dommer. Derfor blir de vi har verdifulle, selv om de er fra før lovendringen, både fordi lovendringene bruker praksis som mønster, men også fordi det viser hvordan Høyesterett tenker og tolker situasjonen. Forarbeidene trekker her frem Rt 1993 s. 249 som en viktig dom der regelen blir bekreftet.⁸⁵ Muligheten av å si at behandlingsvilkåret var oppfylt gjennom en forverringsmulighet fikk sitt gjennomslag i Rt. 1993 s. 249. Høyesterett skriver her at spørsmålet ikke var løst direkte av lovens ordlyd, forarbeider eller tidligere rettspraksis. Høyesterett finner det allikevel "temmelig klart" at loven må forstås slik, men understreker at det skal mye til. Det sentrale i dommen blir oppsummert i dette sitatet:

"For at behandlingskriteriet skal kunne anvendes i slike tilfeller må det etter min mening være spørsmål om å hindre en vesentlig forverring av pasientens tilstand som med relativ stor sannsynlighet vil inntre i løpet av rimelig nær fremtid. Dersom tilbakefallet fører til at pasienten kommer på et varig dårligere funksjonsnivå enn han tidligere har vært, vil det nok kunne være sterkere grunner til å anse vilkåret for å være til stede enn ellers"(Rt. 1993 s. 249)

Rettstilstanden som ble etablert i Rt. 1993 s. 249 ble bekreftet i Rt. 1998 s. 937, der konklusjonen som beskrevet over blir gjentatt. I denne saken er det slik at man ser for seg at uten tvungent psykisk helsevern og behandling, vil pasienten slutte med antipsykotiske medisiner og dermed bli så dårlig at det kan påvises en forskjell.

⁸⁵ (Ot.prp.nr.11, (1998-99))

Rt. 1998 s. 937 er igjen bekreftet av Rt. 1999 s. 637, som slår fast at regelen er slik som forstått i Rt. 1998 s. 937. Rt. 2000 s. 23 gjengir og bygger på Rt. 1993 s. 249, uten å tilføre forståelsen av regelen noe mer nytt annet enn kildemessig bekreftelse og tyngde. Altså var regelen godt etablert før den ble utvetydig lovfestet i 1999.

Men også før Rt. 1993 s. 249 ble forverringsmuligheter tillagt vekt i vurderingen. I Rt. 1971 s.949 skriver Høyesterett kort:

”Ellers legger jeg atskillig vekt på at de sakkyndige for Høyesterett har fremhevet at det er overveiende sannsynlig at en utskrivning av A vil føre til en *forverrelse* av hans tilstand.” (min uthevning)

Denne uttalelsen om at forverring er med i vurderingen er imidlertid ikke begrunnet eller problematisert noe mer av Høyesterett, selv om det den gangen ikke var et moment fra lovteksten.

Det som må avgjøres er om en pasient ved utskrivning vil bli sykere igjen på grunn av manglende behandling. Dette vil gjelde i de tilfellene pasienten er blitt, eller nært opptil, optimalt behandlet. Men allikevel slik at pasienten er avhengig av fortsatt behandling for ikke å synke tilbake i tidligere sykdomsnivåer. Altså en regel for å opprettholde den nåværende tilstanden, et slags ”Status quo”. Det kan se ut som dette vilkåret gjør seg særlig gjeldende for pasienter som ikke ønsker å ta medisinen og uten den med stor sannsynlighet vil forverre sin tilstand raskt. Dette var for eksempel tilfelle i Rt. 2002 s.1646.

Spørsmålet blir hva slags forverring det må være snakk om. Man kan ut i fra ordlyden av loven naturlig tolke at det må være snakk om en kvalifisert forverring, jfr. ”vesentlig forverring”. Jeg antar at dette i stor grad er et spørsmål som må avgjøres av de fagkyndige. Dette er jo også noe som ikke kan beskrives kvantitativ, men noe som må beskrives kvalitativt. Dette kan gjøre vurderingen noe unøyaktig.

I Rt. 2000 s. 1214 er spørsmålet igjen oppe. Høyesterett gjengir regelen som beskrevet over og bygger på Rt. 1998 s. 937 og Rt. 1993 s. 249. I tillegg støtter de seg på den daværende ikke vedtatte ordlyden i psykisk helsevernloven § 3-3. I denne saken legger Høyesterett til grunn for avgjørelsen en vurdering av fremtiden med og uten behandling. Det blir da de sakkyndiges vurdering som legges til grunn når de ser for seg at uten behandling og oppfølging med tvang vil pasienten slutte med antipsykotiske medisiner. Dette vil ha den antatte effekten at man vil få en forverring av pasientens tilstand. Denne forverringen vil igjen føre til en ny tvangsinnleggelse, men da antagelig med tyngre medisiner. Tyngre medisiner vil kunne føre til større symptomplager. Altså er det her et ekstra moment som etter praksis legges til grunn. Forverringen vil føre til større fremtidige belastninger. Slike fremtidige og ekstra forverringer er imidlertid ikke nødvendige for at behandlingsvilkåret skal være oppfylt. Dette blir vist av saken under.

I Rt. 2001 s. 752 skriver Høyesterett at de tolker det slik at det i utgangspunktet er nok at pasienten fort vil bli overvældet av psykosesyntomer og at han derfor vil komme i kontakt med politiet eller helsevesenet. Det er videre ikke noe krav etter det som blir sagt, at dette kan føre til et ytterligere svekket funksjonsnivå. Høyesterett skriver det slik:

”Forverringen vil ifølge de sakkyndige blant annet gi seg uttrykk ved at: « På grunn av bortfall av medisinene ville han sannsynligvis i løpet av kort tid bli overvældet av sine psykosesyntomer med hallusinasjoner og påvirkningsideer, og ved egen eller andres hjelp ville han komme i kontakt med politiet eller helsevesenet og igjen bli innlagt. » Begge de sakkyndige gir imidlertid samtidig uttrykk for at gjenopptatt behandling ved en slik reinnleggelse sannsynligvis ikke vil ende opp med et ytterligere svekket funksjonsnivå i forhold til det nivået han for tiden har.” (Rt. 2001 s. 752)

Altså ser vi generelt at når Høyesterett vurderer forverringsvilkåret er det spørsmål om å vurdere hvordan fremtiden vil bli hvis pasienten blir utskrevet eller om det blir fortsatt behandling. For at behandlingsvilkåret skal være oppfylt må behandling føre til en positiv forskjell for sykdomsutviklingen. Hvis en eventuell negativ utvikling skulle inntreffe og det vil gi varig svekket funksjonsnivå eller føre til andre ulemper som tyngre medisiner, vil dette også tillegges vekt.

Det neste spørsmålet som må drøftes er hvor raskt forverringen må komme. I Rt. 2001 s. 752 refereres det til en 2 måneders grense fra forarbeidene. Det er her nærmere klarlagt hvordan 2 måneders regelen skal forstås. Først er det et spørsmål om når tiden skal begynne å løpe og for det andre hvor lang tid det må gå. Regjeringsadvokaten hadde i høringsrunden for loven foreslått at tiden skulle regnes fra når depotmedisinene gikk ut av kroppen og ikke fra selve utskrivningen. Dette var departementet ikke enig i, og regelen har derfor blitt at man regner med at sammenbruddet må komme ca innen to måneder fra utskrivelsesdatoen, departementet skrev det slik:

”På bakgrunn av at en del depot-medikamenter har langtidsvirkning vil det være naturlig å antyde en grense for vurderingen på maksimum 2 måneder.”(Ot.prp. nr. 11 (1998-99))

Høyesterett sier videre i Rt. 2001 s. 752 at denne 2 – måneders - regelen må ses på som en antydning. Det blir videre sagt at 6 måneder, som var tidligere praksis, blir for lenge.⁸⁶ Altså er spørsmålet drøftet og fastlagt i Høyesteretts praksis. Altså er rettstilstanden for tidshorisonten slik som beskrevet over, på bakgrunn av forarbeider og rettspraksis.⁸⁷ Oppsummeringsvis kan man si at grensen i utgangspunktet går ved to måneder og at det ikke er aktuelt og tøyne dette noe særlig. Regelen blir igjen bekreftet i Rt 2002 s. 1646. Her bygger Høyesterett på sin egen praksis i fra Rt. 2001 s. 752.

I Rt. 2000 s. 23 blir det uttalt: ”*halvannet år* etter utskrivning, og selv om uttrykket « rimelig nær fremtid » er svært skjønnsmessig, er dette *et for langt tidsperspektiv* til at behandlingskriteriet kan være oppfylt” (Rt. 2000 s. 23, mine uthevninger). Tidsgrensen synes dermed å være ganske klar ut i fra rettskildene.

Det neste spørsmålet blir hvor stor sannsynlighet det må være for at forverringen skal inntreffe. Sannsynlighet for at forverringen skal innfinne seg skal etter lovens ordlyd være ”Stor sannsynlighet”. Dette må tolkes på bakgrunn av forarbeidene hvor departementet skriver at det i utgangspunktet er vanlig sannsynlighetsovervekt den generelle hovedregel i

⁸⁶ (Riedl, 2008: 85)

⁸⁷ (Syse, 2007: 188)

Norge.⁸⁸ Her understreker forarbeidene, i samsvar med lovteksten, at det må kreves mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt for forverring.⁸⁹

2.3.1.3 Kumulasjon av behandlingskriteriet?

Det neste spørsmålet som kan drøftes er om ett av de to alternativene i behandlingskriteriet må være oppfylt alene, eller om man kan foreta en slags sammenslåing og samlet vurdering. Hvis man for eksempel har litt forbedringspotensial og litt forverringspotensial, men ikke nok hver for seg alene, kan da vilkåret være oppfylt allikevel? I loven er ordet ”eller” brukt. Ordlyden taler dermed for at det i utgangspunktet er utelukket med en sammenslått vurdering.

Høyesterett har delvis tatt stilling til dette uten å si direkte at de gjør det. Høyesterett drøftet dette spørsmålet i Rt. 1998 s. 937 og skrev:

”Behandlingskriteriet er først og fremst oppfylt når det er utsikt til en bedring av pasientens nåværende tilstand. Etter omstendighetene kan behandlingskriteriet være oppfylt også når det ved behandling er mulig å unngå en vesentlig forverring av pasientens tilstand, særlig når en forverring ellers ville kunne inntre i løpet av rimelig nær fremtid. Jeg legger til grunn at *behandlingskriteriet i alle fall er oppfylt hvis det både er utsikt til en viss bedring og en mulighet for å unngå en vesentlig forverring* av pasientens nåværende tilstand.” (Rt. 1998 s.937, min utheving)

Dette standpunktet blir ytterligere forsterket av høyesterett i Rt. 2000 s. 1214, der høyesterett referer til uttalelsene og dermed bekrefter i Rt. 1998 s. 937.

I Rt. 1999 s. 637 gikk vurderingen etter den gamle loven av 1961, dette viser at problemstillingen ikke er ny. Også her blir bedring og forverringspotensialet slått sammen til en vurdering. Høyesterett refererte til tidligere avgjørelser og skriver:

⁸⁸ (Ot.prp.nr.11 (1998-1999) s. 79- 80)

⁸⁹ (Syse, 2007: 188)

”Situasjonen må etter dette bedømmes slik at det ved fortsatt tilbakeholdelse er utsikt til *en viss bedring, samtidig* som tilbakeholdelse er av stor betydning for å *unngå en vesentlig forverring* av As nåværende tilstand. Behandlingskriteriet er således oppfylt, jf Rt-1998-937, særlig side 944.” (Rt. 1999 s.637, mine uthevninger)

Dette er imidlertid det temaet der jeg har funnet klarest uenighet mellom Høyesterett og juridiske teori. Temaet er ikke særlig mye omtalt i teorien, men der det er omtalt er forfatterne kritisk til Høyesterett. Riedl og Elde er av dem som har problematisert dette i sin bok.⁹⁰ De mener at det ikke kan være adgang til slik kumulasjon. De bygger på en normalfortolkning av ordlyden i loven ved ordet ”eller”. De tolker det slik at en og en del av vilkåret må være oppfylt hver for seg eller begge to samtidig, men da også fullt ut hver for seg. Forfatterne skriver imidlertid at praksis i Høyesterett gir støtte til motsatt konklusjon.

Det Høyesterett faktisk skriver om dette er at det er en adgang til å se vilkårene i sammenheng. Man kan si at en slik tolkning kan komme noe i strid med ordlyden og er da et unntakstilfelle om hvordan man tolker lover. Særlig på et slikt rettsområde der legalitetsprinsippet bør gjøre seg gjeldende med tyngde er det antatt at man skal være forsiktig med å tolke utover ordlyden. Det er allikevel ikke nødvendigvis feil å tolke det slik. Når Høyesterett har tatt stilling til spørsmålet vil denne forståelsen få overveiende vekt for vurderingen.

Høyesteretts tolkning av loven, slik jeg forstår praksisen, er at en slik samlet vurdering kan være lov jfr. sitatene over. Det er klart at Høyesterettspraksis alltid er avgjørende, det er således litt overraskende å lese at forfatterne mener dette er feil. Uansett er det dermed lov å se disse to momentene nærmest under ett. Betenkeligheten blir for øvrig avhjulpet av den sikkerhetsventil at det skal gjøres en helhetsvurdering og en godhetsvurdering som er avgjørende til slutt. Dette vil føre til at man må kunne si at adgangen til å legge disse to vilkårene sammen allikevel er noe snevret inn.

⁹⁰ (Riedl, 2008: 86)

2.3.2 Tilleggsvilkåret – Farekriteriet

Det neste tilleggsvilkåret etter psykisk helsevernloven er § 3-3 første ledd nr. 3 bokstav b. det såkalte farekriteriet. Lovens ordlyd er: ”Utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse”. (Psykisk helsevernloven § 3-3).

Også dette alternativet er hensiktsmessig å drøfte i to deler. Som man kan se av ordlyden inneholder dette vilkåret egentlig to vilkår, enten en fare for seg selv eller fare for andre. Det må være sammenheng mellom faren og sinnstilstanden.⁹¹

2.3.2.1 Farekriteriet - Fare for andre

Når det gjelder hva faren for andre innebærer, forteller ordlyden i loven ikke noe om hva slags fare det er snakk om. Det er et spørsmål om det kun er fysisk fare eller om også psykisk fare oppfyller vilkåret.

At fysisk fare er oppfyllelse av vilkåret følger vel naturlig av ordlyden. Spørsmålet her er hvilken terskel den må overstige. At det også er snakk om psykisk fare går frem av Høyesteretts tolkning av loven i Rt. 1971 s. 949. Høyesterett bygger her på forarbeider og skriver:⁹²

”loven her bruker uttrykket vesentlig fare for andres «helse», forstår jeg dette slik at man ikke bare har hatt for øye faren for fysiske skader, men også faren for psykiske skader hos andre.”(Rt. 1971 s. 949)

Rt. 1998 s. 937 kan hjelpe til med å avgrense spørsmålet negativt da Høyesterett sier noe her om hva vilkåret ikke blir oppfylt av. Pasienten var innlagt etter en ”trussel episode”

⁹¹ (Hagen, 2002: 162)

⁹² (Ot. prp. nr. 69 (1959-60) s. 57-58)

hvor det i institusjonen har vært noe utagering, for det meste ”verbale handlinger”. Dette er ikke nok til at vilkåret er oppfylt, blir det slått fast. Høyesterett skriver ikke noe mer om hva ”utageringer” innebærer. Denne merkelappen brukes i psykiatrien på et meget bredt spekter av handlinger, alt fra beskjedent ødeleggelser av materielle verdier og verbal ”kjefting” til voldelige personangrep. Ut i fra hvordan Høyesterett omtaler saken høres det ut som om det er snakk om utageringer i den nedre delen av skalaen i denne saken.

I andre enden av en slik fareskala ligger antageligvis pasienten i Rt. 2001. s.1481. Her blir det presisert at faren må være nærliggende, reell og kvalifisert på avgjørelsestidspunktet. Her blir det også presisert at loven av 1999 innebærer en innstramming av loven i forhold til loven av 1961. Dette fordi ødeleggelsen av materielle verdier nå faller utenfor vilkåret.⁹³

Vurderingen i Rt. 2001. s.1481 blir gjort sammen med forverringspotensialet. Ved utskrivning legger Høyesterett til grunn at pasienten vil slutte med medisiner slik at hans psykose vil blomstre opp. Pasienten har tidligere drept i psykose og tatt kvelertak på en pleier under behandlingen. Det er videre opplyst at han bruker alkohol, slik at det påvirker sykdommen negativt. Høyesterett skriver at det er ”åpenbart” at pasienten med en slik historie kan bli farlig igjen uten behandling. Slik jeg tolker dette representerer faren i dette tilfellet neppe noe grensetilfelle.

På grunn av relativt få høyesterettsdommer er det interessant å støtte seg på lagmannsrettspraksis når lovens innhold skal klarlegges. LG-2007-64780 er en interessant dom der faren for andre ble brukt som begrunnelse for tvungent helsevern. Pasienten i dette tilfelle forårsaket i umedisinert tilstand bilulykker og tre personer døde da hun kjørte i høy hastighet (160km/t og mer) og ved kjøring i feil retning på motorveien. Retten fant at farevilkåret var oppfylt fordi hun flere ganger sluttet å ta medisiner og uten dem, med manglende forståelse for sin sykdom, raskt ville kunne gjenta slike farlige situasjoner. Farevilkåret for andre ble dermed ansett som oppfylt.

⁹³ (Syse, 2007: 188)

En annen interessant dom er LF-2009-18440. Her ble behandlingskriteriet brukt. Retten skriver imidlertid at de er enige i at pasientens rusmisbruk, promiskuøse sex og hepatitt C vil kunne medføre en fare for andre. Retten skrev at de ikke behøvde å gå inn i denne vurderingen om farevilkåret var oppfylt, siden behandlingsalternativet var oppfylt. Retten skriver allikevel at saken etter bevisføringen neppe ville ha ført til at farekriteriet var oppfylt alene. Altså ser vi at det skal en del til. Faren her ble allikevel tillagt vekt ved vurderingen.

Det er dermed presisert at faren for andre kan gjelde både for fysiske og psykiske skader, men fysiske skader må for eksempel overstige en legemskrenkelse som er noe mer enn et bagatellmessig forhold og de må få mer håndgripelige følger. Dette følger av forarbeider.⁹⁴ Man kan si at faren må kunne beskrives som en fare som må ha et noe større skadepotensiale, uten at det er lett å gi nærmere konkrete eksempler på dette.⁹⁵ Man kan understreke at faren må ha vist seg konkret slik at den kan dokumenteres. Det er dermed ikke nok med en mistanke om mulig mer eller mindre hypotetisk fare.⁹⁶

Det fremgår videre av forarbeider at farebegrepet er videreført fra den eldre lovgivningen.⁹⁷ Det heter her også at på grunn av vanskeligheter med å forutsi fare for andre må vilkåret anses som strengt. Loven av 1999 er allikevel blitt tolket som en innsnevring av farevilkåret av Høyesterett i Rt 2001 s. 1481.

Det er også verdt å merke seg at det i ordlyden til loven er presisert at for de tilfellene der farekriteriet er oppfylt for andre enn pasienten selv, kan det tas mindre hensyn til pasientens beste. I forarbeidene blir dette beskrevet som at hensynet til pasienten blir mindre fremtredene når det er snakk om at han er til fare for andre.⁹⁸

⁹⁴ (Ot.prp. nr. 11 (1998-99) pkt. 7.3.4.2)

⁹⁵ (Riedl, 2008: 86).

⁹⁶ (Syse, 2007: 188)

⁹⁷ (Ot.prp. nr. 11 (1998-99))

⁹⁸ (Ot.prp. nr. 11 (1998-99))

Det er også lagt opp til en tidshorisont i lovens ordlyd. I loven fremgår det at faren må være ”nærliggende”. Dette er videre klarlagt i Rt. 2001 s. 1481. Her fremgår det at faren ikke har noen direkte begrensning i tid, men må: ”være reell og kvalifisert på avgjørelsestidspunktet”. Faren må altså være reell, men kan være tidsubestemt. Det er allikevel antagelig slik at jo lenger unna i tid en eventuell fare kan tenkes, jo vanskeligere blir det å oppfylle vilkåret. Allikevel er det slik at noen pasienter bare er farlige i bestemte situasjoner, og ved å unngå disse situasjonene vil pasienten aldri være farlig. Nettopp for å unngå slike farlige situasjoner må man kunne benytte tvungent psykisk helsevern over lengre tid.

2.3.2.2 Farekriteriet - Fare for seg selv

Loven oppstiller også et alternativ som gjør at farevilkåret er oppfylt dersom det er fare for pasienten selv. Man kan videre påpeke her at et av hensynene bak er sosial paternalisme, altså skal hensynet til pasientens beste være sentralt her.⁹⁹ Dette vilkåret blir ikke så ofte drøftet av Høyesterett. Det er ikke så lett og vite hvorfor, men man kan tenke seg at det kan skyldes at det er tilstrekkelig å drøfte behandlingssiden. Det kan også tenkes at hensynet til pasienten gjør dette enklest, da dette i utgangspunktet kan virke som den minst stigmatiserende måten å gjøre det på.

Ordlyden er her lik med faren for andre slik at faren for eget liv eller helse må være alvorlig og nærliggende. ”Alvorlig” må tolkes som en terskel slik at ikke enhver risiko eller fare for helsen vil være nok. ”Nærliggende” må i utgangspunktet tolkes som at det er sannsynlig at faren vil materialisere seg. En vag mistanke eller bekymring vil ikke være nok.

Som beskrevet over i historiekapittelet kan man av Høyesteretts tolkning av det strenge overlastvilkåret finne relevante uttalelser og utlede hva som skal sees på som en fare for

⁹⁹ (Syse, 2007: 189)

pasienten selv. Altså vil det meste av eldre rettspraksis som omhandler overlastvilkåret være videreført i dagens lov under fare for seg selv. Det finnes enkelte uttalelser fra Høyesterett som er interessante og som utfyller forståelsen av hva som er regnet som en oppfyllelse av begrepet fare for pasienten selv.

I Rt. 1971 s. 949 ble ikke spørsmålet om overlast drøftet av flertallet da andre oppfylte vilkår var tilstrekkelig til å avgjøre saken. Mindretallet kommer imidlertid inn på om overlastvilkåret er oppfylt. Slik jeg tolker sitatet under viser det hvor strengt det gamle overlastkravet var. Sitatet kan derfor si noe om hva faren for seg selv er i dag og hva det ikke er, Høyesterett skriver:

”... det må dreie seg om konkrete, temmelig håndfaste misforhold: for eksempel at den syke står i fare for å forkomme fordi han ikke kan ta vare på seg selv, eller at han mishandles eller forsømmes av pårørende eller andre, jfr. § 5 annet ledd hvor det samme uttrykk er brukt. Det kan ikke være tilstrekkelig at den syke blir utsatt for mistro, ringeakt eller lignende påkjenninger som han hittil har vært skjermet mot; den slags plager og ulemper vil trolig ramme de fleste sinnslidende som utskrives uten å være helbredet. (Rt 1971 s. 949)

Det kan hevdes at sitatets rettskildemessige vekt er noe svekket av at det er fra et mindretall. Det er flere ting som styrker uttalelsene. For det første er uttalelsene gitt for et tema som ikke flertallet kommenterer, flertallet tar dermed ikke avstand fra uttalelsene. Uttalelsene står dermed ikke i strid med flertallets, men kommer i tillegg. Dernest synes det som en rimelig tolkning av loven. Dommen er mye brukt i forarbeider og litteratur, det tyder også på at flere ser det slik. Det viktigste argumentet er kanskje at sitatet er brukt i senere høyesterettsavgjørelser og at det der blir fremhevet som riktig rett. Dette er jo egentlig kjernen av prejudikatslæren, nemlig at uttalelser tjener som generelle mønstre for senere avgjørelser.¹⁰⁰ Videre er det også sann at det ikke finnes helt klare grenser for hva som skal kunne anses som et prejudikat og ikke.¹⁰¹

¹⁰⁰ (Andenes, 1997: 40)

¹⁰¹ (Echkhoff, 2007: 159)

Høyesterett bygger på sitatet over i Rt. 1981 s. 770. Denne gangen er dommen enstemmig. Mindretallets sitater blir dermed her gjort til flertallet, som er enstemmig i denne dommen. Førstvoterende skriver her at mindretallets vurdering i sitatet over: "... er etter min mening et riktig utgangspunkt for tolkingen" (Rt. 1981 s. 770) Altså en styrking og fastlegging av hvordan rettstilstanden blir sett på av Høyesterett. Det blir så tilføyd at vilkåret også vil gjelde for psykiske belastninger når det er snakk om: "temmelige håndfaste misforhold". (Rt. 1981 s. 770)

Rt. 1981 s. 770 blir ytterligere forsterket av at den blir henvist til i Rt. 1993 s. 249, og igjen i 1988 s. 634. Her blir det presisert at det er en objektiv vurdering av situasjonen som skal ligge til grunn og ikke pasientens subjektive følelser. Høyesterett skriver videre: "... objektiv vurdering av blant annet skaderisikoens art og betydning" (1988 s. 634) For øvrig ser vi igjen at overlast, slik det ble tolket her er helt knyttet opp til skadepotensialet.

I Rt. 1998 s. 937 blir Rt. 1981s.770 og Rt. 1993 s. 249 henvist til som uttrykk for gjeldene rett. Dette forsterker som sagt prejudikatets virkninger. I denne saken ble overlastvilkåret oppfylt ved at det var overveiende sannsynlig at pasienten ikke ville klare å opprettholde det nødvendige kostholdet, samt at han ville bruke piller og alkohol. Selv om han antagelig ville bruke insulin ble det lagt vekt på kostholdet siden han var diabetiker. Til sammen ble dette ansett som nok til å oppfylle overlastvilkåret. I dag kan man si at dette er nær grensen for hva som ikke faller inn under fare for en selv. Det synes allikevel fortsatt slik at en livsførsel som er farlig, og når kontrollen med dette er påvirket av sinnstilstanden, vil føre til at vilkåret er oppfylt. Diabetes kan for eksempel i ytterste konsekvens være dødelig. Jo mer alvorlige konsekvenser, desto større vekt må det få.

Rettstilstanden er allikevel slik at det ikke er psykiatriens ansvar å sørge for sosiale behov. Psykiatrien skal ivareta pasientens fysiske og psykiske helse. Det er dette som er essensen av skillet. Dette var rettstilstanden også før lovendringen i 1999. Rt. 2001 s. 752 bekrefter også dette. Pasienten ble her skrevet ut etter en helhetsvurdering til tross for at grunnvilkåret og behandlingsvilkåret ble funnet å være oppfylt. I denne dommen blir det

understreket at man ikke kan ta hensyn til at pasienten ikke hadde egen bolig, ikke mye penger og manglet sosialt nettverk.:

”Jeg finner ikke å kunne legge avgjørende vekt på at A pr. i dag ikke har egen bolig, at han har lite penger og ikke har nettverk utenfor sykehuset. Slik loven om psykisk helsevern er utformet, er det klart at det ikke er psykiatriens oppgave å sørge for pasientenes sosiale behov. Jeg viser her til det jeg har nevnt foran om overlastkriteriet som nå er avskaffet.”(Rt. 2001 s. 752)

Forarbeidet drøfter også hva som må til for at vilkåret er oppfylt for fare mot en selv. Her skrives det at det ikke kun er tenkt på selvmord og selvskading, men også faren for:

”forkommer eller lider overlast på en slik måte at der er en nærliggende og *alvorlig fare for eget liv eller helse*” (Ot.prp. nr. 11 (1998-99) pkt. 7.3.4.2, min uthevning)

2.3.2.3 Kumulasjon av Farekriteriet?

Det kan også bli en problemstilling om de to delene av farevilkåret kan kumuleres. Spørsmålet er om vilkåret er oppfylt dersom det ikke er nok fare for pasienten selv eller andre alene, men ved en sammenregning av disse to alternativene finner at samlet sett er farevilkåret oppfylt.

Det synes ikke som det er anledning til dette. Jeg har ikke funnet noe sted der Høyesterett tar stilling til dette spørsmålet på samme måte som ved behandlingskriteriet. Av ordlyden vil det være naturlig å besvare spørsmålet benektende på grunn av ordet ”eller”, men mot dette kan det igjen innvendes at Høyesterett tilsynelatende har tillatt en viss kumulering av behandlingsvilkåret.

I juridisk teori understrekes det av noen at det ikke er lov å kumulere de to delene av vilkåret her. Også dette spørsmålet er i liten grad drøftet.¹⁰² Etter lovens ordlyd er det mest

¹⁰² (Riedl, 2008: 87)

nærliggende å tolke det slik på grunn av ordet ”eller” og denne gangen finnes det ikke noe høyesterettspraksis eller andre rettskilder som trekker i en annen retning. Det virker derfor uproblematisk å falle tilbake til hovedregelen om å tolke lovens ord ut i fra en normal fortolkning i tillegg til at legalitetsprinsippet trekker i samme retning.

2.4 De andre materielle vilkårene

2.4.1 Forsøkt frivillig psykisk helsevern

§ 3-3 første ledd nr.1 fastsetter at: ”Frivillig psykisk helsevern har vært forsøkt, uten at dette har ført fram, eller det er åpenbart formålsløst å forsøke dette.” Dette er et utslag av det minste inngreps prinsipp. Det er av Høyesterett i Rt. 2001 s. 1481 bekreftet at det er et vilkår som må være oppfylt på vedtakstidspunktet, således er det et prosessuelt krav. Førstvoterende legger til at dette ikke er omtalt i forarbeidene. Det sies videre at det på domstidspunktet må være et moment som går under helhetsvurderingen etter § 3-3 første ledd nr 6. Altså er det også en del av det Høyesterett må vurdere på domstidspunktet. Dermed er det også et materielt krav, slik er det også tolket i juridisk litteratur.¹⁰³

2.4.2 Faglig og materielt i stand til å tilby pasienten tilfredsstillende behandling og omsorg.

Det neste vilkåret i psykisk helsevernloven § 3-3 som må drøftes er første ledd nr. 4. Lovens ordlyd er: ”Institusjonen er faglig og materielt i stand til å tilby pasienten *tilfredsstillende behandling og omsorg* og er godkjent i henhold til § 3-5.” (min uthevning)

I Rt. 2001 s. 752 blir det slått fast at ordlyden er slik å forstå at dette må vurderes som et selvstendig vilkår. I denne saken ble det funnet at pasienten mottok adekvat behandling og omsorg. At det er et selvstendig vilkår følger jo også av ordlyden selv og forarbeidene.

¹⁰³ (Syse, 2007: 185)

Regelen er en videreføring av tidligere rett, dette fremgår av forarbeidene.¹⁰⁴ I den gamle loven stod imidlertid dette kravet i § 3-2. Det fremgår av forarbeidene at det må fastsettes visse krav og vilkår for hva som skal tilbys pasientene. Institusjonene skal selv vurdere dette, men også staten må ha en kontrollfunksjon. Det er derfor gitt forskrift av 3. Nov. 2000 nr. 1089 om godkjenning av institusjoner som skal ha ansvar for tvungent psykisk helsevern. I forarbeidet er det tenkt at forskriften skal regulere for eksempel faglige krav til institusjonene, spesialistkompetanse, tverrfaglig bemanning, tilfredsstillende vaktordninger, egnede lokaler og lignede ting.

I forarbeidene blir presisert at det er et krav til institusjonen om at de må kunne tilby den konkrete pasienten noe mer enn bare oppbevaring og innesperring.¹⁰⁵ Institusjonen må faglig og materielt være i stand til å tilby: ”vedkommende person *tilfredsstillende* hjelp”. (Min uthevning) Det er ikke definert noe mer om hva tilfredsstillende hjelp betyr. Etter forarbeidet skal dette tolkes slik at det skal gjennomføres en konkret vurdering om at en lovfestet minstestandard er oppfylt.¹⁰⁶

På bakgrunn av den fragmentariske oppbyggingen i norsk rett¹⁰⁷ kan man tenke seg at denne standarden faller sammen med hva Kjønnstad skriver om minstestandarden etter forsvarlighetskravet i Helsepersonelloven § 4.¹⁰⁸ Kjønnstad har konstruert en pedagogisk skala for helsehjelp. Den lovpålagte kvaliteten man kan kreve, forsvarlig helsehjelp, delt opp 4 grader. Nokså bra helsehjelp, bra helsehjelp, meget bra helsehjelp og svært bra helsehjelp. Skillet mellom det som oppfyller lovens vilkår er ”forsvarlig” og ”uforsvarlig”. Den nedre grensen her går mellom dårlig helsehjelp og nokså bra helsehjelp. Nokså bra helsehjelp er beskrevet som under middels, men over minstestandarden og det laveste lovlig nivået på helsehjelp.

¹⁰⁴ (Ot.prp. nr. 65 (2005-2006))

¹⁰⁵ (Ot.prp. nr. 11(1998-99))

¹⁰⁶ (Syse, 2004: 416)

¹⁰⁷ (Lillehold, 2004: 9)

¹⁰⁸ (Kjønnstad, 2007: 231)

Ordet ”tilfredsstillende” som blir brukt i Ot.prp. nr. 11 (1998-99) er beskrevet som ”bra helsehjelp”. Det er imidlertid ikke noe i forarbeidene som sier noe mer om denne forskjellen. Det kan være tilfeldig. Skalaen til Kjønnstad er i realiteten flytende, uten klare overganger og beror på glidende vurderinger.

Ordet ”tilfredsstillende” må nok betraktes som en rettslig standard. En rettslig standard kjennetegnes ved at loven selv ikke inneholder de normer som skal etterleves, men at loven istede for henviser til en målestokk som ligger utenfor loven selv. Rettslige standarder har en dynamisk karakter og vil kunne forandre seg over tid. Her vil det være medisinsk ekspertise som må hjelpe til med å definere hva som er tilfredsstillende og ikke. Hvis kravet ikke kan imøtekommes må pasienten avvises, utskrives eller overflyttes.¹⁰⁹

Det er et paradoks at man setter som krav at pasienten skal være på en institusjon som passer, hvis pasienten ikke ønsker eller klarer å samarbeide om behandling. Det må derfor etter ordlyden være slik at institusjonen må ha muligheten til å tilby behandling og omsorg, uten at man kan kreve at pasienten føler at han mottar dette. Det skal ikke føre til at vilkåret ikke er oppfylt hvis pasienten nekter, ikke klarer eller ikke ønsker å ta i mot behandlingen. Altså må det være en objektiv vurdering. Behandlingen vil da kunne få karakter av oppbevaring. Dette er allikevel innenfor lovens rammer.

2.4.3 Lovens helhetsvurdering

Etter § 3-3 første ledd nr. 6 er det slik at tvungen psykisk helsevern kun kan gjennomføres hvis det etter en helhetsvurdering fremtrer som den ”klart beste løsningen”, med mindre pasienten utgjør nærliggende fare for andre. Det skal særlig legges vekt på hvor stor belastning det tvangsmessige inngrepet vil medføre for pasienten. Vurderingen er i forarbeidene beskrevet som et helhetlig skjønn ”hvor skjønnsmomenter som går på

¹⁰⁹ (Hagen, 2002: 149)

rimelighet og hensiktsmessighet vil inngå i vurderingen”.¹¹⁰ Jeg vil under bruke eksempler fra høyesterettspraksis for å vise hvilke momenter som kan gjøre seg gjeldende. Disse eksemplene må man kunne generalisere for å bruke i vurderingen. Ordlyden i loven er så vid at disse eksemplene fra praksis ikke vil dekke alle muligheter. De vil allikevel gi en pekepinn på hva slags momenter som er relevante.

Utgangspunktet for denne vurderingen er objektiv. Dette kommer frem i Rt. 2001 s. 752. Men etter en tolkning av ordlyden og praksis kan man ikke stoppe der, men må ta hensyn til pasientens følelsesmessige belastninger. Altså et forsøk på en subjektiv vurdering med et objektivt utgangspunkt.¹¹¹

Pasienten i Rt. 2001 s. 752 blir skrevet ut etter denne skjønnsmessige helhetsvurderingen. Høyesterett skriver at vurderingen ikke er ny med loven av 1999, men forteller at det gir en viss vekt når det nå er blitt gjort til et så tydelig vilkår i loven.

Høyesterett støtter seg på forarbeidene og uttaler at rimelighetsvurderingen er enda mer aktuell ved tvungent helsevern når forverringsvilkåret blir brukt.¹¹² Dette er fordi inngrepet da vil foregå over lang tid og at slike tvangsvedtak er så inngripende at pasienter bør få en viss mulighet til å ”prøve seg”. Høyesterett skrev:

”Når jeg som nevnt likevel er kommet til at As begjæring om utskriving må tas til følge, er det med henvisning til §3-3 tredje ledd. Det gis anvisning på en helhetsvurdering der tvungent psykisk helsevern klart må fremtre som den beste løsningen for vedkommende. Det skal legges særlig vekt på belastningen ved inngrepet. Unntaket for tilfeller hvor det foreligger fare for andres liv eller helse kommer ikke til anvendelse i vår sak. Selv om en slik helhetsvurdering også skulle foretas etter den tidligere lov, legger jeg en viss vekt på at det nå i selve loven er gjort til et selvstendig og krevende vurderingsvilkår. Av særlig interesse for vår sak viser jeg dessuten til at forarbeidene, i Ot.prp.nr.11 (1998-1999) side 80, spesielt uttaler at den helhetlige rimelighetsvurdering vil komme sterkt inn i forhold til forverringsalternativet.

Det er på det rene at vurderingen av hva som er best for A i utgangspunktet må være objektiv.” (Rt. 2001s. 752)

¹¹⁰ (Ot.prp.nr.11 (1998-1999) pkt. 7.3.4.3)

¹¹¹ (Hagen, 2002: 166)

¹¹² (Ot.prp.nr.11 (1998-1999))

Dommen oppsummerer slik utgangspunktet for lovens vilkår. Det kommer videre frem som et moment at det er liten fare for et svekket funksjonsnivå senere hvis utskrivelsen skulle bli mislykket i den forstand at det skulle bli snakk om reinnleggelse. Dommen er videre i samsvar med andre avgjørelser, den er tydelig og egner seg til å utlede generelle tolkninger av.

I Rt. 2001 s.1481 blir det sagt at loven uttrykker det ”minste inngreps prinsipp” og er således et sjeldent eksempel på at Høyesterett direkte viser til de helserettslige prinsippene som beskrevet over. Videre nevner Høyesterett at 1999-loven er en lovfesting og en presisering av «kan »-regelen i 1961-loven § 5.

Det blir her slått fast at pasientens ønske om å få prøve seg med frivillig behandling er et moment som må veie med i avgjørelsen. Det blir videre uttalt at den skjønnsmessige vurderingen får mindre vekt når pasienten er til fare for andre. Men allikevel skal vurderingen gjennomføres. Igjen blir det understreket at vurderingen i utgangspunktet er objektiv, men pasientens subjektive følelser av selvrespekt, verdighet og de negative følelsene av manglende autonomi også er noe som må tillegges vekt i vurderingen.

Den aktuelle pasienten ble ikke skrevet ut. Dette var på grunn av momenter som faren for at pasienten ikke ville mestre sitt alkoholforbruk og at han heller ikke kom til å kunne følge opp sin medisiner. Altså problemer med rusmestring og mestring av selvstendig bruk av medisiner. Vurderingen er at denne pasienten ville ha det best i institusjon mens han mottar helsehjelp. Det blir også lagt vekt på at han selv ønsker denne hjelpen.

Hvis medisiner eller behandling oppleves som ubehagelig er det et moment som veier med i vurderingen. I Rt. 1993 s. 249 blir pasientens plager vurdert. Pasienten selv opplever bivirkninger som plagsomt, det var her snakk om tardive dyskinesier som er bevegelsesforstyrrelser, her i moderat grad. Momentet ble imidlertid ikke avgjørende og pasienten forble under tvang.

Spørsmålet om rimelighetsvurderingen er også oppe i Rt. 1981s. 770, da etter 1961 lovgivningen. Pasienten her blir skrevet ut etter rimelighetsvurderingen. Det blir her ikke lagt avgjørende vekt på at personalet ved institusjonen ønsker at han skal bli der og at lovens vilkår er oppfylt og at det er risiko for at han skal lide overlast. Overlast er i denne dommen tolket tilsvarende strengt som dagens lovgivning for vilkåret om fare for seg selv.

Det ble i stede lagt vekt på at pasienten var en ung viril mann som slik sett passet dårlig inn på institusjonen. Det ble også lagt vekt på at en eventuell tvangsinnleggelse måtte være langvarig og det var således noe usikkert hvor mye forbedringspotensiale som fantes. I tillegg blir det fremhevet at dersom friheten ikke skulle kunne fungere for pasienten kan han alltid legges inn med tvang på et senere tidspunkt. Til sist er det vektlagt verdien av at pasienten får en sjanse, litt mot alle odds, dette fordi hans frihet er et så viktig gode at man i det lengste må avstå fra å berøve pasienten friheten.

Rt. 1988 s. 634 er et annet eksempel på at rimelighetsskjønnet blir avgjørende. Vilrårene var forøvrig oppfylt, men pasienten ble allikevel skrevet ut på grunn av en helhetsvurdering. Inntrykk av Høyesteretts vurdering er at de mener det er lite å tape siden pasienten motsetter seg behandling og sykdommen ble ansett som kronisk. Altså var det begrenset hva man kunne utrette behandlingsmessig. Samtidig som pasienten kunne legges inn hvis han kom i en situasjon som siden krevde dette. At han med stor sannsynlighet kom til å ta opp sin uteliggerlivsstil var i utgangspunktet ikke nok, hvis han gjorde dette uten å skade seg selv. Høyesterett presiserer her at de legger avgjørende vekt på hvordan pasienten oppfatter situasjonen. Altså en bekreftelse av regelen om at vurderingen har et visst objektiv utgangspunkt, men pasientens subjektive vurdering også har vekt.

Dette er kanskje den vanskeligste vurderingen i psykisk helsevernloven § 3-3. Det må være et forsøk på å gjennomføre en etisk godhetsvurdering der juss, medisin, beskyttelse av den svake part, rettssikkerhet og rettferdighetsfølelse til sammen må ligge til grunn for vurderingen.

2.4.3.1 Tidsbegrenset tilbakeholdsrett

Når pasienten blir skrevet ut etter den helhetlige skjønnsmessige vurderingen synes det som om rettstilstanden er slik at domstolen kan bestemme en tidsbegrenset tilbakeholdsrett.¹¹³

Dette er begrunnet med at man nødvendigvis trenger noe tid til å forberede en utskrivning slik at sjansen er størst for at utskrivningen skal gå bra. Regelen er interessant fordi den er tynt rettskildemessig begrunnet, samtidig som den absolutt har mye godt for seg reelt sett. En vellykket utskrivning bør planlegges, særlig om pasienten har vært innlagt lenge.

Regelen kommer til syne i Rt. 2001 s. 752, der Høyesterett ganske kort bestemmer at utskrivelsen kan utestå i en måned. Høyesterett begrunner ikke denne avgjørelsen.

Lovens ordlyd er imidlertid slik at man enten oppfyller vilkårene for tvungent psykisk helsevern eller så gjør man det ikke. Altså ingen mulighet til å være i et slags tvungent helseverns "limbo". På en annen side er dette en "kan" regel, og det virker da som om Høyesterett bygger på en "fra en mer til det mindre" tolkning av reglen. Denne tolkningen av loven blir av juridiske forfattere kalt for en "Frirettslig avgjørelse".¹¹⁴ Man kan videre si at denne regelen er i tråd med formålet til denne skjønnregelen og at Høyesterett dermed har benyttet seg av formålstolkning.

Det kan være vanskelig å problematisere noe mer rundt dette uten flere rettskilder. Man må således slå seg til ro med at rettstilstanden nå er slik at dette er en mulighet for å idømme en slik dom.

Imidlertid kan dette synes noe problematisk. Ordlyden er jo lagt opp slik at enten så er man innlagt på tvang eller så er man det ikke. Et slikt vedtak, uten hjemmel, kan komme i konflikt med legalitetsprinsippet. En måned innesperret uten hjemmel skulle man tro hadde kunnet blitt kategorisert som et integritetskrenkende inngrep, som dermed trenger

¹¹³ (Riedl, 2008: 90)

¹¹⁴ (Syse, 2004: 416)

hjemmel.¹¹⁵ Det blir da et spørsmål om hvordan dette står seg mot det samme prinsippet som også er nedfelt etter EMK art.5. Her står det at ingen kan bli fratatt sin frihet uten i de følgende oppregnede tilfeller, og da i henhold til lov. Psykisk sykdom er en slik grunn som gir grunnlag for innesperring, men lovkravet gjelder fortsatt.¹¹⁶ Hvis det er sånn at domstolene holder folk tilbake mot sin vilje uten at vilkårene i psykisk helsevernloven § 3-3 er oppfylt kan man argumentere for at det foreligger et konvensjonsbrudd. Imidlertid blir slike pasienter ofte skrevet ut på tross av at alle lovens vilkår er oppfylt etter en helhetsvurdering. Jeg antar at man på den bakgrunn kan slutte at rettstilstanden er noe usikker i påvente av flere avgjørelser. Det synes ikke som om problemet er omtalt i forarbeidene. Konklusjonen må uansett bli at slik tvang i form av en midlertidig tilbakeholdsrett er lovlig på bakgrunn av Høyesterettspraksis.

¹¹⁵ (Høyer, 2002: 156)

¹¹⁶ (Høstmælingen, 2006: 166)

3 Litteraturliste

3.1 Forarbeider

Ot.prp.nr.65 (2005-2006) Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.

Ot.prp.nr.11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven)

Innst.O.nr.73 (1998-1999). Innstilling fra sosialkomiteen om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)

Ot. Prp. Nr.69. (1959-60) Om lov om psykiatrisk omsorg.

NOU 1988: 8 Lov om psykisk helsevern uten samtykke

3.2 Rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 1971 s.949

Rt. 1981 s. 728

Rt. 1981 s. 770

Rt. 1987 s. 1495

Rt. 1988 s.634

Rt.1993 s. 249

Rt. 1995 s.530

Rt. 1998 s. 937

Rt. 1999 s. 637

Rt. 2000 s. 23

Rt. 2000 s. 1214

Rt. 2001 s. 752

Rt. 2001 s. 1481

Rt. 2002 s.1646

Rt. 2010 s. 612

Lagmansrett

RG 1954 s.601

LF. 2002 s. 793

LG. 2008-47236

LG-2007-64780

LF-2009-18440

Tingrett

Oslo byrett 25. Juli 1989

Bergen byrett 12. Des. 1991

Oslo tingsrett 06. Juli. 2007

EMK

Pretty mot Storbritannia 29. april 2002 (EMD-2002-2346),

Winterwerp v. the Nedtherlands 24. october 1979 (EMD-1979-6301)

3.3 Juridisk teori

Andenæs, Mads Henry(1997): *Rettskildelære* Bergen: MGH Grafiske a/s

Bartlett, Peter, Oliver Lewis & Oliver Thorold (2007): *Mental disability and the European convention rights*. Nederland: Koninklijke Brill NV

Blesvik, Siri, Rigmor Diseth, Tonje Lossius Husum, Ragnfrid Kogstad, Hege J. Orefellen og Gro Hillestad Thune(2006): *Menneskerettigheter også for psykiatriske pasienter i Norge?* Tidsskrift for Den norske legeforening Nr. 12 – 8. juni 2006

Blomberg, Wenche (2002): *Galskapens hus internering og utskilling i Norge 1550- 1850.* Oslo: Universitetsforlaget

Boe, Erik (2004): *Innføring i juss juridisk tenkning og rettskildelære.* Oslo:Universitetsforlaget

Brudal, Paul J. (1989): *Psykososer og psykoseterapi : schizofreni - uforståelig og uhelbredelig eller et forsøk på tilpasning?* Norge: TANO a/s

Dahl A., Alv og Aud Dalsegg (2007): *Sjarmør og tyrann et innsyn i psykopatenes og ofrenes verden* Oslo: Aschehoug

Eckhoff, Torstein v/Jan E. Helgesen (2007): *Rettskildelære* Oslo: Universitetsforlaget

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith (2006): *Forvaltningsrett, 8 utgave* Oslo: universitetsforlaget

Eskeland, Ståle (1994): *Den psykiatriske pasient og loven.* Oslo: Tano

Eskeland, Ståle (1975): *Om psykisk helsevern* Oslo:Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo

Foucault, Michel(1991): *Galskapens historie* Finland: Gyldendal

Gisle, Jon (2007) *Jusleksikon* Oslo: Kunnskapsforlaget ANS H. Ascheoug & Co (W. Nygaard) A/S og Gyldendal ASA

Hauge, Ragnar (2001): *Kriminalitetens årsaker* Oslo: universitetsforlaget

Høstmælingen, Njål (2006): *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo: Universitetsforlaget

Høyer, Georg og Odd S. Dalgard(2002): *Lærebok i rettspsykiatri* Oslo: Gyldendal

Kjønstad, Asbjørn (2007): *Helserett* Oslo: Gyldendal

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse (2005):*Velferdsrett I*. Oslo: Gyldendal

Knoph, Ragnar (2004): *Knophs oversikt over Norges rett*. Oslo: Universitetsforlaget

Lilleholdt, Kåre (2004): *Knophs oversikt over Norges rett 12. utgave*. Kåre Lilleholdt (red.). Oslo: universitetsforlaget

Riedl, Tore R. Og Wenche D. Elde (2008):*Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer* Oslo: Cappelen

Ruud, morten og Geri Ulfstein (2006): *Folkerett*. Oslo: Universitetsforlaget

Skaug, Lasse (2002): *Juss og psykiatri i forvaltningen* Oslo: Kommuneforlaget

Syse, Aslak (2007): *Psykisk helsevernloven med kommentarer*. Oslo: Gyldendal

Syse, Aslak (2006): *Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien* Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter 2006 s 318 – (NMR-2006-318)

Syse, Aslak (2004): *Helserettslige dommer siden 1985* Lov og Rett 2004

Tvedt, morten W, Roar Berge og Sindre G. Marqvardsen (2005) *Hvordan forstå materiell forvaltningsrett* Oslo: Cappelens Forlag AS

Wachenfeld, Margaret G. (1992): *The human rights of the mentally ill in Europe*. Copenhagen: Combiprint

3.4 Internett

Helsedirektoratet: 2010 *Hva er en psykose?* URL:
http://www.helsedirektoratet.no/psykiskhelse/fakta_om_psykisk_helse/psykoser/hva_er_en_psykose_80064 (Lesedato 10.08.10)

Helsedirektoratet: 2008 *Alvorlige spiseforstyrrelser - retningslinjer for behandling i spesialisthelsetjenesten* URL:
http://www.helsedirektoratet.no/portal/page?_pageid=134,67665&_dad=portal&_schema=PORTAL&navigation1_parentItemId=996&_piref134_76551_134_67665_67665.artSectionId=269&_piref134_76551_134_67665_67665.articleId=2634, (Lesedato 14.04.10)

Helsetilsynet: 2000 *Alvorlige spiseforstyrrelser retningslinjer for behandling i spesialisthelsetjenesten*
URL:http://www.helsetilsynet.no/upload/Publikasjoner/utredningsserien/alvorlige_spiseforstyrrelser_ik-2714.pdf, (Lesedato 14.04.10)

ICD-10:2010 *ICD-10 Den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer, 10. revisjon* URL:
(<http://finnkode.kith.no/#|icd10|ICD10SysDel|-1|flow>),(Lesedato 15.03.10)

ICD-10: 2010(F20-F29) *Schizofreni, schizotyp lidelse og paranoide lidelser* URL:
<http://finnkode.kith.no/#|icd10|ICD10SysDel|2596290|flow>, (Lesedato 15.03.10)

ICD-10:2010 F60.2 *Dyssosial personlighetsforstyrrelse* URL:
<http://finnkode.kith.no/#|icd10|ICD10SysDel|2613590|flow>, (Lesedato 15.03.10)

Bjørnegaard, Johan H.(Red.) Anne Mette Bjerkan, Ragnild Bremnes, Trond Hatling, Silje Kaspersen, Per Bernhard Pedersen, Mari Sitter og Tove E. Waagen (2008): *Samdata sektor rapport for det psykiske helsevernet 2007* Trondheim: SINTEF URL:
<http://www.sintef.no/project/Samdata/rapporter/Samdata%20sektorrapport%20for%20det%20psykiske%20helsevernet%202007.pdf> (Lesedato 24.08.10)

